

CONFIGURACIÓN DE LA AUSENCIA DE LESIVIDAD DE LA CONDUCTA PUNIBLE.

Freyman Ernesto Solano Silva¹, Gerson Orlando Romero Suarez², Giovanni Eduardo Bermejo Rivas³

Resumen

El artículo de investigación tiene como eje central el estudio del principio de lesividad contextualizado en el derecho penal colombiano a través de la normativa que estructura la realización de una conducta punible. En este sentido, el proyecto tiene como propósito principal determinar las consecuencias dogmáticas y procesales que tendrían la ubicación sistemática de la ausencia de lesividad en la estructura del delito. Para responder al anterior planteamiento, se estableció en primera parte si la ausencia de lesividad es solo un componente de la antijuridicidad material, como ha sido establecido por la Corte Suprema de Justicia a lo largo de su línea Jurisprudencial. Inmediatamente después y consecuente con lo precedido se evalúa la necesidad de darle un giro a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia al adoptar únicamente la postura de que la ausencia de lesividad es solo un componente de la antijuridicidad material. Finalmente, se demuestra como la errónea ubicación sistemática de la ausencia de lesividad entre la atipicidad y la antijuridicidad material afecta procesalmente el sistema penal acusatorio, produciendo así un desgaste en el aparato judicial.

Palabras claves:

¹ Abogado, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, en el año 2014.

² Abogado, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, en el año 2014.

³ Abogado, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomas, en el año 2.010.

Antijuricidad, atipicidad, sistema penal acusatorio, principio de lesividad, culpabilidad, delito.

Abstract

The main objective of the research article is the study of the principle of lesivity contextualized in Colombian criminal law through the regulations that structure the conduct of a punishable conduct. In this sense, the main purpose of the project is to determine the dogmatic and procedural consequences of the systematic location of the absence of lesivity in the crime structure. In order to respond to the previous approach, it was established in the first part if the absence of lesivity is only a component of material anti-juridicality, as has been established by the Supreme Court of Justice along its Jurisprudential line. Immediately after and consistent with the foregoing, we evaluate the need to give a turn to the Supreme Court of Justice by adopting only the position that the absence of lesivity is only a component of the material antijuridicidad. Finally, it is shown how the erroneous systematic location of the absence of lesivity between the atypicality and the material anti-juridicality affects procedurally the accusatory criminal system, thus producing a wear and tear on the judicial apparatus.

Keywords:

Anti-juridicality, atipicidad, accusatory penal system, principle of lesividad, culpability, crime.

INTRODUCCIÓN

Antes de iniciar y determinar la importancia del principio de lesividad como elemento estructural del delito y las consecuencias de su ubicación, se debe conceptuar

primero desde el punto de vista jurídico qué es delito, delito es toda conducta injusta que ha considerado el legislador y lo sanciona con una pena, determinando que la conducta debe ser contraria a la normas culturales y sociales, y que además lesione un bien jurídico, esto es, la vida, libertad, salud pública, etc. ; de lo anterior se puede evidenciar que no se definen los elementos constitutivos para que sea considerada una conducta injusta y sea castigada, por lo que se requiere definir cuándo es una conducta típica doloso o culposa.

El código Penal Colombiano establece en los Arts. 22, 23 y 24, que las conductas punibles son dolosas, culpables y preterintencionales, aduciendo que son dolosas cuando aplica dos elementos el conocimiento y la voluntad, es culposa cuando falta al deber objetivo de cuidado (acción u omisión en la realización de la conducta) y preterintencional cuando se excede en el resultado que era previsible, aquí ya se evidencia y se definen algunos de los elementos constitutivos de una conducta injusta que puede ser castigada.

Ya identificados los elementos constitutivos de una conducta punible, ahora se debe determinar la estructura del delito, teniendo en cuenta el Art. 9 del C.P. donde reza lo siguiente “para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable...” ; es típica toda aquella conducta punible que está inmersa en la Ley 599 de 2000 y son considerada reprochables por la sociedad, en relación a la antijuridicidad en el Art. 11 del C.P. indica que para que una conducta típica sea punible se requiere que *lesione o ponga efectivamente en peligro*, sin justa causa, el bien jurídico tutelado por la ley penal y culpable hace referencia a la imputabilidad del autor de la conducta prohibida.

Para que se considere como delito una conducta tipificada en el ordenamiento jurídico, debe ser típica, antijurídica y culpable, por lo cual si no se cumple con los criterios objetivos (norma prohibitiva) y subjetivos de la tipicidad (conciencia y voluntad) y la antijuridicidad (lesionar el bien jurídico o ponga efectivamente en

peligro el bien jurídico protegido) se puede presentar una conducta atípica o una conducta no antijurídica.

Una conducta es atípica si falta alguno de los elementos subjetivos del dolo, si es así se aplicaría lo ordenado en el Art. 79 del C.P.P., ahora bien la conducta es antijurídica, siempre y cuando se ponga efectivamente en peligro el bien jurídico, pero si existe justa causa (Ausencia de responsabilidad) no se puede configurar la conducta dolosa o en su efecto la conducta sería atípica, para este caso en concreto se podría desarrollar el Art. 332 del C.P.P., ahora bien si existe ausencia de lesividad en la antijuridicidad, no existe un daño material, lo que implica que al igual que la atipicidad no hay delito.

Por lo antes expuesto, en este contexto, es necesario analizar el Art. 11 que desarrollo la Antijuridicidad, donde indica que para que una conducta sea punible se requiere que *lesione* el bien jurídico, lo que indica un problema de ubicación del principio de lesividad, toda vez que si se aplica como antijuridicidad material, no se puede establecer como una causal de preclusión del Art. 332 del C.P.P., específicamente en el numeral 2 “existencia de una causal que excluya la responsabilidad de acuerdo con el Código Penal”, pero si el principio de lesividad se ubica en la tipicidad no se puede aplicar ni el art. 79 o el art. 332 del código de Procedimiento Penal.

La normatividad jurídica no relaciona dentro de las causales de ausencia de responsabilidad, la ausencia de lesividad y tampoco la incluye como causal de preclusión, situación que genera vacíos jurídicos que conllevarían a la aplicación de causales de preclusión.

La presente investigación jurídica pretende explicar la importancia que tiene la adecuada ubicación de la “ausencia de lesividad” dentro de la estructura del

delito. El principio lesividad es un juicio de desvalor a la conducta prohibitiva o injusta penalmente, indicando que la antijuridicidad no solo es formal sino que es material, es decir que el daño causado al objeto material debe ser real, que no solo basta con la simple contrariedad a la conducta tipificada en el código, en estribo con el artículo 11 del C.P., donde claramente se observa que la lesividad es un elemento esencial para que se acredite como conducta penal, siempre y cuando la teoría del principio de lesividad se ubique como elemento de la Antijuridicidad, pero si sitúa en el Tipo penal el efecto es la atipicidad en el hecho investigado.

Lo que se pretende con lo anterior es analizar y sugerir las implicaciones positivas para el operador judicial en las decisiones que se derivan del injusto penal, donde no se evidencie un daño material o se ponga efectivamente en peligro bienes y derechos protegidos por el legislador.

El objetivo metodológico de este proyecto de investigación socio - jurídica, es determinar la esencialidad del principio de lesividad en la realización de la conducta punible. Se trata de un estudio de enfoque cualitativo, el cual estará fundamentado en la normatividad, la jurisprudencia de las altas cortes del país, especialmente la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional. El diseño investigativo, es el de un estudio de caso, ya que se enfocará la investigación únicamente en la problemática que presenta el principio de lesividad en el sistema jurídico penal interno.

LA AUSENCIA DE LESIVIDAD ES SOLO UN COMPONENTE DE LA ANTIJURIDICIDAD MATERIAL, COMO HA SIDO ESTABLECIDO POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA A LO LARGO DE SU LÍNEA JURISPRUDENCIAL.

El principio de lesividad u ofensividad, compone la estructura del tipo penal, composición normativa indispensable para condenar a un acusado de violentar un

bien jurídicamente tutelado por el Estado. La Corte Suprema de Justicia-Sala penal en su ejercicio jurisprudencial ha mantenido una línea extensa, coherente y clara sobre la lesividad en el derecho penal en general. Por eso, en el presente capítulo se aborda los pronunciamientos de la alta corte con el fin de conceptualizar y determinar lo que para Ferrajoli³ resultaba ser la ofensividad de la conducta.

La Sala Penal en el año 2016 asumiendo el estudio de la conducta penal de destinación ilegal de combustible y ante los cargos formulados por el acto, estudio minuciosamente el principio de lesividad. Esta sentencia que reúnen anteriores fallos de la misma corporación, deriva ser quizás la última sentencia donde la especialidad penal de la corte se pronuncia sobre el principio de lesividad. En esa ocasión fijo que de un análisis del artículo 11 del Código Penal "... se sigue que la antijuridicidad exige la superación de la simple oposición entre la conducta realizada y el derecho penal. Es necesario, además, que de manera efectiva ponga en peligro o lesione sin justa causa el bien jurídico objeto de protección." (2016; P. 20)

Lo que lleva a inferir que la mera realización de la conducta señalada como punible no puede ser rechazada por el orden social, en razón a que se exige que la acción delictiva resulte en un evidente peligro o lesión del bien jurídicamente tutelado. La idea anterior, que se encuentra plasmada en la legislación, es el producto normativo de la aparente eliminación de la teoría objetiva⁴ en el derecho penal. Es pertinente recordar aquellas posiciones doctrinarias penales que se concretaba en dos opuestos para la determinación de la responsabilidad, sin duda la decisión de proscribir la objetividad en el derecho penal y adoptar la

³ FERRAJOLI, Luigi. *El principio de lesividad como garantía penal*. Revista Nuevo Foro Penal. Vol. 8, N° 79. Julio-diciembre 2012. PP. 100-114

⁴ Artículo 12. Culpabilidad. Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.

responsabilidad subjetiva⁵ se relaciona directamente con el principio de lesividad, que termina siendo una limitante al poder punitivo del Estado. En otras palabras, las características teóricas que admite la subjetividad son loables y conformes al sistema penal acusatorio instaurado después de un tiempo en la legislación interna.

Ahora bien, prosiguiendo lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia, y conforme a lo anterior, se demuestra la importancia del principio de lesividad en el ordenamiento jurídico penal; la necesidad de anotar su trascendencia es la justificación de la realización del presente trabajo, pues mal se haría estudiar un objeto jurídico sin la pertinencia y preminencia del mismo para el derecho. Por esto, alude la corporación lo siguiente:

“...Del concepto así expresado se destaca entonces la trascendencia que tiene la noción de lesividad en el derecho penal, por la cual, como sistema de control lo hace diferente de los de carácter puramente ético o moral, en el sentido de señalar que, (...) el principio de lesividad ha de operar no en la fase estática de la previsión legislativa, sino en la dinámica de la valoración judicial de la conducta, habida cuenta que el cambiante mundo de las interferencias comunicativas de las que se ha hablado hace que vivencialmente, en un momento socio histórico determinado, ciertos actos tengan una específica significación social que los hacen dañinos por la potencialidad que tienen de afectar un ámbito de interrelación, como la convivencia pacífica en éste caso, o que el mismo comportamiento no tenga la

⁵ RESPONSABILIDAD OBJETIVA: Es la que surge por la causación material de un resultado lesivo, sin tener en cuenta la esfera volitiva del sujeto activo de la conducta. Se presenta cuando hay: una acción, un resultado dañoso y un nexo causal entre acción y resultado dañoso. Es decir, cuando el resultado es producto de la acción.

RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Este tipo de responsabilidad exige, para la atribución del resultado dañoso a un sujeto activo determinado, que se tenga en cuenta su esfera volitiva integrada por el ámbito cognoscitivo y la capacidad de autorregulación de su conducta. (Bárcenas; 2012)

virtualidad de impresionar las condiciones que la permiten en un ámbito temporo espacial diferente.” (C.S.J; 2009)

En relación con lo anterior, se empieza a ubicar la lesividad en determinado espacio del derecho penal, así pues, su función no procede de la previsión legislativa, es decir desde un enfoque penal estático; por otro lado, su ámbito se encamina al raciocinio del juez penal, en vista a la valoración de la conducta que se realiza por parte del operador judicial. Un aspecto fundamental en la lesividad es la descripción filosófica de acto-potencia que Aristóteles⁶ reflejo en sus tesis metafísicas y que en el derecho penal inmiscuye el conocimiento del juzgador. En este orden de ideas, un acto (conducta penal) tiende a conseguir ciertas potencialidades (lesividad), sin embargo, el acto puede conquistar su objetivo o quedar en la simple expresión del acto. Lo mismo sugiere el legislativo en la expedición del Código Penal, una conducta contraria a los bienes jurídicamente tutelados será punible si conlleva suficiente peligro o daño, puesto que la sola realización de la infracción no bastará para accionar el poder punitivo.

Haciendo un detallado estudio de la cita inmediatamente anterior se obtiene que la lesividad se concentra en la conducta, circunstancia que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha mantenido. Pero para aclarar detalladamente esta posición es preponderante identificar inicialmente la estructura del delito conforme a la ley penal, descripción que permitirá abordar juiciosamente el espacio abstracto de la ofensividad.

Cuadro N° 1. Estructura del delito.

TIPICIDAD	ANTI JURICIDAD	CULPABILIDAD
Artículo 10 C. Penal:	Artículo 11 C. Penal:	Artículo 12 C. Penal:

⁶ ARISTÓTELES. *Metafísica*. Traducción de Valentín García Yebra

La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal (conducta prohibida)	Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.	Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.
---	--	---

Elaborado por: Solano, Romero y Bermejo.

Así pues, en una primera instancia se puede determinar la asimilación del principio de lesividad con la antijuridicidad estipulada por el artículo 11 del Código penal, la inscripción directa de la ofensividad es clara en la disposición jurídica, lo que lleva a pensar que la lesión es una especie de la antijuridicidad. Al respecto, la antijuridicidad se compone de dos elementos reconocidos por la jurisprudencia y la academia, el material y el formal⁷; frente al primero se ha venido considerando que acoge los postulados de lesividad, siendo igualados por los jueces en su contenido, la misma Corte Suprema de Justicia considera que la jurisprudencia parece asimilar los conceptos de lesividad y antijuridicidad material.

Empero, la Sala Penal ha aclarado que los ha diferenciado como principio político criminal y categoría dogmática, conforme lo dejó sentado en CSJ SP, 19 de enero de 2006 radicado 23843, al reproducir los argumentos de la ponencia para primer debate y pliego de modificaciones en la Cámara de Representantes:

“El principio político-criminal de lesividad, que dogmáticamente resulta aprehendido por la antijuridicidad material, guarda la denominación tradicional que viene desde

⁷ La antijuridicidad formal se limita a la simple contradicción del derecho. En esta perspectiva, solo es la intromisión de un hecho frente al sistema jurídico positivo; Por su parte, la antijuridicidad material sostiene que es necesario que el comportamiento haya lesionado o al menos puesto en peligro el bien jurídico protegido por la norma penal.

el Código Penal actual, puesto que ya no aparece como un mero referente para la construcción de la dogmática, sino que se trasluce en sus propias categorías con efectos sustanciales. Queda fortalecido con la introducción de la expresión “efectivamente” en cuanto a la afectación al bien jurídico, lo cual obliga a replantear la discusión en torno a la existencia y efectos de la admisión de la categoría de los delitos de peligro presunto, precisando también que aquél debe ser entendido desde la perspectiva de los bienes que protege el derecho penal.”

Por consiguiente, el principio de lesividad encuentra su naturaleza, según lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la política criminal del Estado, y detalla que el mismo se encuentra apresado por la antijuricidad material, fortalecido con efectos sustanciales que hacen efectiva su realización en el derecho penal. De esta manera, la lesividad para la corporación es un solo componente de la antijuricidad material; Ahora este planteamiento de carácter filosófico que ubica la ofensividad en el plano de la antijuricidad material, admite considerar si es adecuado a los fines del *ius puniendi*⁸, es decir, si en la realidad jurídica cumple los postulados deseados por el Estado Social de Derecho en materia judicial penal.

En el presente artículo se sostiene que la antijuricidad material no es la única estructura del delito que permite la consagración de lesividad, si bien es cierto desde la perspectiva legal y jurisprudencial el asunto parece resuelto en encaminar el principio por las vertientes normativas del artículo 11 del C.P, aquí se hace un alto sobre la interpretación decantada por la Corte Suprema de Justicia y se pregunta ¿la ausencia de lesividad podría ser planteada como una conducta atípica? Y la

⁸ Acerca de la definición del *Ius Puniendi*, Mir Puig expresa: “Se trata, (...) de una forma de control social lo suficientemente importante como para que, por una parte haya sido monopolizado por el Estado y, por otra parte, constituya una de las parcelas fundamentales del poder estatal que desde la Revolución francesa se considera necesario delimitar con la máxima claridad posible como garantía del ciudadano.” (2011; P. 564)

negación de la lesividad parte de la razón de que no es criterio normativo para precluir la investigación, es decir, el poder punitivo del Estado.

Entonces, partiendo de la base de que el principio de lesividad surge de la política criminal del Estado como una forma jurídica que limita el poder exorbitante del Estado, cómo es viable procesar una conducta delictiva ante la ausencia de lesividad, si el mecanismo en mención nace de la exigencia de restringir la coacción sancionatoria. El siguiente capítulo hace una evaluación de la modificación del principio de lesividad en la estructura del delito denominada tipicidad, con el fin de demostrar según la estructura normativa actual la consecución de la ofensividad y el sistema penal acusatorio.

LA NECESIDAD DE DARLE UN GIRO A LO ESTABLECIDO POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA AL ADOPTAR ÚNICAMENTE LA POSTURA DE QUE LA AUSENCIA DE LESIVIDAD ES SOLO UN COMPONENTE DE LA ANTIJURIDICIDAD MATERIAL.

Los principios jurídicos más que ser un deseo abstracto del Estado y la sociedad, deben ser un conjunto normativo eficaz en la práctica del derecho, lo mismo se desprende del principio de lesividad en el derecho penal. ¿Cuáles son los efectos jurídicos de reconocer la ausencia de lesividad de la conducta punible? La respuesta es la absolución del acusado, en vista a la no posición de evidente peligro o daño del bien jurídicamente tutelado. Pero este resultado procesal en muchas ocasiones previsible antes de realizar un proceso penal, se convierten en una carga desproporcionada para el acusado, si bien la acción penal pudiera haber advertido tal consecuencia ante un silogismo jurídico sencillo, la normativa y la posición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia dinamiza el aparato procesal penal para resolver casos evidentes; lo que innegablemente contradice la doctrina jurídica del principio de lesividad.

Jhon Stuart Mill⁹, en su obra *On Liberty*, publicada en 1859, afirmo sobre el principio de lesividad lo que se ha venido sosteniendo:

“El hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otros; o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos (...) **Tan pronto como una parte de la conducta de una persona afecta perjudicialmente a los intereses de otra, la sociedad tiene jurisdicción sobre ella y puede discutirse si su intervención es o no favorable al interés general. Pero no hay lugar a plantear ésta cuestión cuando la conducta de una persona no afecta, en absoluto, a los intereses de ninguna otra (...)** En tales casos, existe perfecta libertad, legal y social, para ejecutar la acción y afrontar las consecuencias (...) (1859; PP. 69-72) (Negrillas no originales)

De este modo, si la lesividad parte de la idea de salvaguardar aquellas conductas que de una y otra manera no transgrede en la mayor medida posible los bienes jurídicos tutelados, no es entendible activar el poder punitivo del Estado en instancia en las cuales no se violenta un derecho fundamental. En este orden de idea el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal reza “el fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:

1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.
2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el código penal.
3. Inexistencia del hecho investigado
4. Atipicidad del hecho investigado
5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado

⁹ Fue un filósofo, político y economista inglés de origen escocés, representante de la escuela económica clásica y teórico del utilitarismo

6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia
7. Vencimiento del termino máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de este código...”

Lo anterior conlleva que la ausencia de lesividad no es criterio de preclusión de la investigación y la principal razón para sostener tal conclusión es el posicionamiento que el legislador y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia han identificado del principio de lesividad. Acerca de la antijuricidad material el artículo 332 del C.P.P no estipula nada al respecto, por consiguiente, la ausencia de lesividad no es una causal para limitar el *ius puniendi*, paradoja que termina conservando y maximizando el poder punitivo, aun cuando el derecho penal debe ser considerado la *última ratio*, hecho aceptado por la academia jurídica en general. Por lo cual, no contemplar la ausencia de lesividad o la antijuricidad material, como causa para omitir una investigación penal termina desvirtuando el principio de lesividad como una limitación al poder punitivo del Estado; Lo que genera un desgaste procesal que contradice los principios administrativos de eficiencia, eficacia y economía.

Por tanto, ¿es posible teóricamente aludir el principio de lesividad desde la jurisprudencia en la atipicidad de la conducta? Para responder lo anterior, hay que tener en claro que se considera atipicidad con base en la jurisprudencia nacional. Con este cometido, la Corte Constitucional expresa en la sentencia C-301 del 2011 que el principio de tipicidad concentra que:

“La ley debe definir, de manera clara, precisa e inequívoca, la conducta punible. Con este principio se busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos, es decir, la realización del principio fundamental “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, que permita al destinatario de la norma conocer exactamente la conducta prohibida y sancionada penalmente y por lo cual, se debe evitar la indeterminación del tipo penal, para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria” (C.C; 2011)

Y a través del principio de legalidad, cuestión relevante de la tipicidad enuncia características imprescindibles de la legitimidad legal de las conductas punibles, en consecuencia, en la sentencia C-713 del 2012 indica la corporación constitucional lo referente:

“...el principio de legalidad exige: “(i) que el señalamiento de la sanción sea hecho directamente por el legislador; (ii) que éste señalamiento sea previo al momento de comisión del ilícito y también al acto que determina la imposición de la sanción; (iii) que la sanción se determine no solo previamente, sino también plenamente, es decir que sea determinada y no determinable” y tiene como finalidad proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial, asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal y en su materialización participan, los principios de reserva de ley y de tipicidad.”

La atipicidad se configura ante la no disposición por parte del legislador de enmarcar de manera clara e inequívoca la estructura básica de un tipo penal, dicho lo anterior, no es posible condenar a una persona por realizar actos que no se consideren según la ley delitos penales. Igualmente, la tipicidad termina siendo una restricción a los excesos de la política criminal del Estado, puesto que sería desproporcionado aprisionar a un sujeto por conductas no consideradas lesivas para un bien jurídico tutelado. La relación tipicidad-legalidad será importante para contemplar la mutabilidad del principio de legalidad en la antijuricidad material.

El Tribunal Constitucional en sus estudios de especialidad ha desarrollado ideas propias de incumbencia del derecho penal, respecto a la tipicidad la situación no es diferente, “La jurisprudencia constitucional de manera reiterada ha señalado que en materia de fijación de las conductas penales típicas, el legislador goza de un amplio poder de definición, en tanto es a él a quien corresponde establecer la política en materia criminal.” (C.C; 2011). De este modo, la tipicidad es una herramienta de

protección de los derechos fundamentales que en ocasión al ejercicio punitivo del Estado podrían ser vulnerados. Además, la tipicidad es un medio para el cumplimiento de la seguridad jurídica, en razón a que permite conocer cuándo y por qué motivos pueden ser objetos de penas.

Ahora bien, si la tipicidad es parte fundante de la estructura del delito penal, es posible ubicar jurisprudencialmente la ausencia de lesividad en esta instancia del andamiaje del delito. Para aceptar la idea en mención es atinente percibir lo que Ferrajoli considera una alternativa filosófica más amplia del principio de ofensividad:

“La existente entre la concepción del Derecho, del Estado y de las instituciones políticas como artificios; esto es, como instrumentos contruidos por los hombres para finalidades externas al Derecho mismo, y la concepción del Derecho y del Estado como fines y valores en sí, que tienen en su propia conservación, sin importar cuáles sean sus contenidos y características, su razón de ser.” (2012; P 106)

Por tanto, consagrado el argumento de que el delito no consiste en una lesión de la persona ofendida sino de la vigencia del derecho penal, la perspectiva funcionalista que sostiene Jakobs¹⁰ sería admisible para la ubicación de la ausencia de lesividad como conducta atípica. En vista a que la respuesta del derecho penal es mantener el artificio institucional que protege, es decir, mantener el orden social y jurídico es preciso considerar la ausencia de lesividad una conducta atípica. Cuestión que significaría mayor relevancia jurídica del principio de lesividad, puesto que no se investigarían conductas que faltara lesividad en su accionar.

¹⁰ G. Jakobs, ¿Lesión de un bien jurídico o daño social? Una contribución a la teoría del Derecho penal, manuscrito de la conferencia sostenida en la Academia de la Legislación y la Jurisprudencia de Madrid.

¿Qué consecuencias o beneficios podría traer la ubicación sistemática de la ausencia de lesividad como una conducta atípica, mas no como falta de antijuridicidad material? De lo dicho anteriormente, se considera que dos consecuencias se derivan de la ausencia de lesividad como definición de la conducta atípica, una teórica y otra práctica. El principio de lesividad nace como un mecanismo del derecho penal para restringir el poder punitivo; posicionando la ausencia ofensividad como atipicidad de la conducta se permite precluir investigaciones donde es evidente la falta de evidente peligro o daño al bien jurídico tutelado. Tanto la teoría como la práctica que se pasan a explicar como consecuencia de la ausencia de lesividad como conducta atípica se relacionan directamente con la función de limitar el poder estatal.

Bien es sabido que el derecho sancionatorio es una forma de poder del Estado, lo que infiere fuerza y coacción por parte de un cuerpo congregado, con la capacidad de imponer el orden aceptado por la sociedad. Sin embargo, la política criminal del Estado, rama que surge del poder punitivo, puede caer en exagerados o arbitrariedades que vulneren la dignidad humana. Las garantías procesales y demás principios sustanciales resultan ser una respuesta del populismo punitivo del Estado. En el caso de la ausencia de lesividad como atipicidad de la conducta se limitaría el Estado y sus respectivas entidades a ejercer la acción penal, que de lo contrario terminaría en un despropósito del sistema penal acusatorio, puesto que se enjuiciaría un individuo cuando es indiscutible la falta de suficiente peligro o daño.

Finalmente, respecto a la practicidad que representaría considerar la atipicidad de la conducta que no represente lesividad, se incurriría en uno de los numerales del artículo 322 del Código de Procedimiento penal, específicamente, "Atipicidad del hecho investigado". Lo que conllevaría a no utilizar el aparato institucional judicial-penal para investigar y enjuiciar conductas que demuestren la ausencia de lesividad, pues se elevaría el numeral 4 del 322 del C.P.P para precluir y extinguir la acción penal del presunto infractor.

LA ERRÓNEA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LA AUSENCIA DE LESIVIDAD ENTRE LA ATIPICIDAD Y LA ANTIJURIDICIDAD MATERIAL AFECTA PROCESALMENTE EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO, PRODUCIENDO ASÍ UN DESGASTE EN EL APARATO JUDICIAL.

Para empezar, atenderemos el concepto y valoración que se hace la honorable Corte Suprema de Justicia (sent. 06/10/2004, Rad. 16066 M.P. Edgar Lomba Trujillo), “no obstante, al existir ahora el art. 11 del Código Penal que la conducta típica para ser punible requiere que lesiones o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal; es claro para la Sala que la presencia de este elemento se alcanzara únicamente en los eventos en que se demuestre cabalmente la concurrencia de la antijuricidad formal y material.

En efecto, este precepto se erige como el fundamento del injusto penal al reconocer a todas la personas el derecho a actuar libremente sin más limitaciones que la impuestas por el derecho de los demás y el origen jurídico, es decir, exige perentoriamente la confluencia de los desvalores de acción y de resultado para que la conducta además de típica sea antijurídica, entendido el primero como el reproche que se hace al sujeto activo por oponer su voluntad a la prohibición o mandato que contiene la norma y , el segundo, como la censura que recae sobre la conducta por lesionar o poner en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado. O lo que es lo mismo, exige la presencia de la antijuricidad formal y material.

Desde este punto de vista, la antijuricidad material supondrá la formal, mas no sucederá siempre lo contrario, comoquiera que puede ocurrir que existiendo contrariedad entre la conducta juzgada y la norma, no haya lesión o puesta en peligro efectivo al bien jurídico.

Regulación acorde con el principio de subsidiariedad y con el carácter fragmentario del derecho penal dentro de un Estado social y democrático de derecho, que propugnan por su utilización como último recurso a falta de otros menos lesivos para los derechos del procesado y por castigar únicamente las conductas que con mayor intensidad lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos, es decir, aquellas especialmente intolerables.

Ahora bien, ¿por qué se considera la ausencia de lesividad en la antijuridicidad material como un factor que afecta procesalmente el sistema penal acusatorio? La Corte Constitucional en la sentencia C-591 del 2005 opino jurídicamente respecto a este modelo lo siguiente:

“... Se trata de un nuevo modelo que presenta características fundamentales especiales y propias, que no permiten adscribirlo o asimilarlo, prima facie, a otros sistemas acusatorios como el americano o el continental europeo. Se diseñó desde la Constitución un sistema procesal penal con tendencia acusatoria, desarrollado por la Ley 906 de 2004, con acento en la garantía de los derechos fundamentales del inculpado, para la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia, teniendo presentes los derechos de las víctimas. Se estructuró un nuevo modelo de tal manera, que toda afectación de los derechos fundamentales del investigado por la actividad de la Fiscalía, queda decidida en sede jurisdiccional, pues un funcionario judicial debe autorizarla o convalidarla en el marco de las garantías constitucionales, guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales. El nuevo diseño no corresponde a un típico proceso adversarial entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un ente acusador, quien pretende demostrar en juicio la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia. En desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea

de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Con todo, en el curso del proceso penal, la garantía judicial de los derechos fundamentales, se adelantará sin perjuicio de las competencias constitucionales de los jueces de acción de tutela y de habeas corpus.”

El sistema penal acusatorio se erige como un medio garantista de los derechos sustanciales y procesales de las partes, que tiene como finalidad la justicia material y por medio de él se reconocen derechos subjetivos y mecanismos para la limitación de la acción penal. Llevar a cabo la realización del proceso penal en conductas ausentes de lesividad deriva en la obstrucción la finalidad propia del sistema acusatorio, puesto que no se concibe el derecho penal como la *última ratio*, aplicando el poder punitivo en instancias donde no es necesario; mientras se siga reconociendo la ausencia de lesividad como antijuricidad material, se estará quebrantando el orden jurídico establecido por la ley 906 del 2004.

Y es que dentro de la teoría del delito moderna, argüía explícitamente por Jakobs, la tipicidad aparte de otras esencialidades inscribe la lesividad al bien jurídicamente tutelado. Siguiendo con esta línea, autores como Gómez¹¹ plantean que frente a las conductas que no existan lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado la acción sería atípica y no configuraría la realización de un delito penal. Mojica y Suarez, magister en derecho penal, refleja desde la posición de teóricos penales el

¹¹ Autor de la obra tratado del derecho penal

enfrentamiento que ha resultado considerar la ausencia de lesividad entre atipicidad y antijuricidad material:

“Uno de los elementos más controversiales de la tipicidad (Conde, 2007) es la “lesividad” y esto por cuanto la exigencia de lesividad de la conducta (lesión o puesta en peligro efectiva de un bien jurídicamente tutelado) tiene las más variadas posturas doctrinales: según la doctrina mayoritaria es un tema de antijuricidad material (Luzón, 2012, p. 148); Mir Puig (2003, p. 13) considera que es un tema de tipicidad objetiva y se encuentra situada al interior de la imputación objetiva. Sin embargo, Zaffaroni (2002) considera que en virtud de un concepto más amplio de la tipicidad, la denominada teoría de la tipicidad conglobante, así la lesividad se ubique en el plano de la antijuricidad, su ausencia traerá como consecuencia la atipicidad porque estas dos categorías dogmáticas forman una sola estructura” (2016; P33)

Desde la doctrina de Zaffaroni que comparte esta investigación y encuentra ajustada al sistema jurídico penal, se insiste en la errónea apreciación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de posicionar la ausencia de lesividad en la antijuricidad material, ya que un concepto amplio de tipicidad indudablemente correspondería considerar la falta de lesividad como una conducta atípica dentro del derecho penal. Como sostiene Mojica y Suarez en su trabajo del principio de oportunidad y la ausencia de lesividad:

“... pero si se puede decir que en la recepción internacional como nacional se ha adoptado que la lesión al bien jurídicamente tutelado hace parte de la descripción típica (Puig, 2002), debido a que si el derecho penal solo puede tipificar conductas que lesionen bienes jurídicamente tutelados a través del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos (Velázquez, 2009), la tipicidad, entendida como descripción de la conducta, debe describir esta vulneración para el cumplimiento del principio de estricta tipicidad (Roxín, 1997).” (Ibídem; P. 35)

Por ende, la aceptación por parte de la Sala Penal de la C.S.J de la tesis jurídica de que la usencia de lesividad hace parte de la atipicidad de la conducta redundaría el proceso penal, puesto que se extinguiría la acción penal de facto ante la más mínima muestra de ausencia de lesividad. Evitando un gasto procesal significativo que protegería los principios de economía, eficacia y eficiencia de las administración o entidades públicas. No obstante, se está lejos de llegar al importante término de considerar la ausencia de lesividad como un componente de la atipicidad de la conducta y por consiguiente la posibilidad de precluir investigaciones penales que indaguen sobre conductas no lesivas. Por ejemplo, la Sala Penal en sentencia (Rad. 31362) del 13 de mayo del 2009 dijo sobre este tema:

“Acerca de este último aspecto, es de destacar que **fue desacertada en cuanto al factor de competencia la actuación de la representante de la Fiscalía que en su momento elevó ante el juez de conocimiento una solicitud de preclusión por atipicidad**, pues si bien es cierto que no contradice principio lógico alguno la postura según la cual la afectación irrelevante del bien jurídico es un asunto atinente al tipo objetivo (ya que incluso está en armonía con la teoría de la imputación objetiva a la que tantas veces ha acudido la Sala), **también lo es que el juez natural para extinguir la acción penal en este caso era el de control de garantías y medidas de seguridad, con base en la aplicación del principio de oportunidad.**”(Negrilla no original)

En la misma sentencia y con salvamento de voto de la magistrada María del Rosario Gonzáles de Lemos, se considera la pertinencia y la competencia de la Fiscalía General de la Nación sobre la posibilidad de preclusión de conductas atípicas por ausencia de lesividad, al respecto:

“Si, contrariamente, se sostiene que un comportamiento es atípico por la insignificancia de la lesión al bien jurídico que el mismo representa, como se esboza en el proyecto aprobado por la Sala, o al menos carece de antijuridicidad material, no resulta jurídicamente admisible descartar la viabilidad de acudir a la figura de la preclusión para dar en ese caso por terminado el proceso, pues dichas eventualidades constituyen causales que permiten adoptar decisión de esa naturaleza, como lo tiene establecido el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal de 2004.” (Ibídem) (Negrillas no originales)

La fundamentación del salvamento de voto proviene que el principio de lesividad indica que en caso de bagatela, como en el asunto estudiado por la corporación y anotado anteriormente, la solución desde la dogmática penal resulta ser la falta de responsabilidad del indiciado, puesto que el sentido común concluye que no llegar a lesionar efectivamente ningún bien jurídico tutelado, no exige responsabilidad alguna. En este orden de ideas y apoyado nuevamente en Mojica y Suarez se finaliza diciendo que:

“ ... y por otro lado se encuentra la preclusión, que también es una forma de terminación anormal del proceso penal, que procede, básicamente frente a las conductas que no son delitos, en especial, por ser atípicas; ahora, como ya se dijo, la ausencia de lesividad, es decir, de lesión efectiva o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado es uno de los elementos constitutivos de la categoría dogmática de la tipicidad en sentido objetivo dentro de la teoría del delito, por lo que si no existe la lesividad, no habrá delito; por lo que de todo lo anterior se puede colegir que frente a la ausencia de lesividad en la conducta a evaluar solo es procedente la preclusión y no la aplicación del principio de oportunidad.” (2016; P.43)

En síntesis, la ausencia de lesividad en la estructura del delito de la antijuricidad material resulta ser un desconocimiento del sistema penal acusatorio, puesto que lleva a cabo el *ius puniendi* en su totalidad, supuesto jurídico contrario a la última instancia del derecho penal. Lo pertinente es considerar la ausencia de lesividad como una conducta atípica, que puede extinguir la acción penal por el órgano de investigación del Estado, con base en el numeral 4 del artículo 322 del C.P.P

PROCEDENCIA DEL ARCHIVO EN CASOS DE AUSENCIA DE LESIVIDAD DE LA CONDUCTA

El Código de Procedimiento penal establece en el artículo 79 que la Fiscalía como entidad competente de la acción penal del Estado, tiene la discrecionalidad conforme a los motivos y las circunstancias fácticas decretar el archivo de la investigación en razón a la no existencia de los elementos que permitan apreciar una acción deshonrosa contra los bienes jurídicos tutelado. A saber, establece el artículo en mención que:

Artículo 79. Archivo de las diligencias. Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación.

Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción penal. (Ley No 906, 2004).

Ahora bien, la primera apreciación que merece la disposición citada es la generalidad que ostenta, al no concretar taxativamente los elementos que determinen el archivo de las investigaciones penales. En ese sentido, es importante preguntarse sobre la procedencia del archivo en casos de ausencia de lesividad de la conducta: ¿el artículo 79 del Código Procesal Penal contempla la hipótesis de falta lesividad de la conducta?

Con lo dicho, la legislación no desconoce que la fiscalía se encuentre imposibilitada para archivar investigaciones por ausencia del principio de lesividad en la conducta. Sin embargo, la ambivalencia de la norma no es suficiente para asegurar de manera rotunda la posibilidad de archivar por ausencia de daño ostensible, esto no conlleva a su desconocimiento legal, pero, es necesario demostrar la posibilidad de archivo a través de la doctrina y la jurisprudencia.

Ante toda, es preciso traer a colación que el archivo no implica efectos de cosa juzgada, por lo tanto, el artículo prevé la posibilidad de reanudar la indagación en el evento de que surjan nuevos elementos probatorios que permitan caracterizar el hecho como delito, siempre y cuando no haya prescrito la acción.

Para lo anterior, hay que recaer el estudio principalmente en la etapa investigativa que corresponde a la fiscalía y, donde la Corte Constitucional estipulo como razonabilidad de la acción los siguientes aspectos:

- La naturaleza del delito imputado
- El grado de complejidad de la investigación
- El número de sindicados
- Los efectos sociales que desprende la conducta. (Corte Constitucional; 2005)

Teniendo en cuenta los aspectos de la razonabilidad de la investigación, se observa la relación intrínseca que existe entre los efectos sociales de la conducta y el principio de lesividad, esto permite contrastar, la presencia de que la conducta genere al bien jurídicamente tutelado un daño real, es decir, una afectación apreciable a la luz de la sociedad. Por consiguiente, en la etapa investigativa se debe inferir que la conducta perjudique lo suficientemente el bien tutelado para

proseguir la acción penal, en otras palabras, que la conducta rompa la delgada frontera entre una mera acción deshonrosa y un delito.

No obstante, el archivo es una diligencia fiscal que se fundamenta y tiene como propósito el principio de legalidad, quiere esto decir, investigar aquellas conductas que revistan las características de un delito, lo cual es imposible de hacer frente a hechos que claramente no corresponden a los tipos penales vigentes o nunca sucedieron (Corte Constitucional, 2005). En ese sentido, el archivo de la acción penal sucedería ante la no contextualización de la conducta en una norma penal, es decir, ausencia de tipificación o ante la debilidad de elementos probatorios o evidencias físicas que demuestren la realización de la conducta. Lo anterior, en primer plano desconoce la ausencia de lesividad como un medio para archivar la investigación.

La interpretación que realizó la Corte Constitucional implica ser restrictiva en el sentido de asegurar que "(...) la amplitud de los términos empleados en la norma acusada para referirse a la causa del archivo, hace necesario precisar la expresión para que se excluya cualquier interpretación de la norma que no corresponda a la verificación de la tipicidad objetiva" (Corte Constitucional; 2005). Así, el máximo órgano judicial en materia constitucional, condicionó la expresión "motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito" en el entendido de que dicha caracterización corresponde a la tipicidad objetiva y que la decisión del archivo de las diligencias debe ser motivada y comunicada al denunciante y al Ministerio Público para el ejercicio de sus derechos y funciones.

Respecto a la tipicidad objetiva como causal de archivo, se comprende el encaje de la conducta en una norma penal, acudiendo a la tan repetida frase de la doctrina jurídica que establece que "sin tipicidad no hay delito". Yesid Reyes (2014) sobre la atipicidad objetiva hace una conclusión preponderante para el tema, al decir que:

Es muy importante tener en cuenta que esta primera discusión sobre el contenido de la tipicidad como elemento de la teoría del delito se circunscribe a dilucidar si los tipos penales deben contener solamente expresiones de naturaleza descriptiva (dejando los juicios de valor para los niveles de antijuridicidad y culpabilidad), o si es factible que el legislador incorpore en ellos elementos que para su correcta comprensión deben ser objeto de juicios de valor por parte del funcionario judicial, (lo cual significaría que todos los elementos de la teoría del delito contienen ingredientes de naturaleza valorativa). (p.15)

En ese sentido, la tipicidad desde un enfoque valorativo y, no objetivo de acuerdo a lo dicho anteriormente, puede comportar el archivo de la investigación en razón a la ausencia de lesividad. Un elemento de carácter valorativo en la teoría del delito es precisamente el objeto en el cual recae la norma, es decir, el bien jurídicamente tutelado, el cual se relaciona íntimamente con la conducta y el daño generado, si la acción carece del valor suficiente para confinar un daño apreciable, la conducta será atípica, ampliando el radio de acción de las causales de archivo. Pero será atípica no por su ausencia en la ley, sino por su ausencia de lesión al bien jurídico.

En resumen, la visión de una atipicidad objetiva restringe la posibilidad de acudir al archivo de las investigaciones penales por ausencia de lesividad, en cambio, una atipicidad subjetiva permite contextualizar elementos valorativos en las normas, abriendo la posibilidad de culminar investigaciones por ausencia de lesividad. Sin embargo, sobre el tema el pronunciamiento legal y jurisprudencial es poco, sin implicar esto una problemática para el desarrollo en el marco jurídico colombiano de falta de lesión como una causal de archivo.

CONCLUSIONES

El principio de lesividad en el derecho penal se traduce en la suficiente posición de peligro o daño del bien jurídico tutelado, cuestión que permite accionar el *ius*

puniendi del Estado. De lo contrario, la conducta no soporta los planteamientos mínimos de la estructura del delito, para ser considerado una afrenta individual o colectiva merecedora de una pena, potestad del Estado. En Colombia, la Corte Suprema de Justicia en diferentes fallos ubico la ausencia de lesividad en el plano de la antijuricidad material, conforme al artículo 11 del Código Penal.

Por otra parte, importante y destacada doctrina ha considerado que la ausencia de lesividad debe contextualizarse de acuerdo a la tipicidad del delito, un concepto amplio de tal término dispondría considerar la conducta como atípica ante la falta de peligro o daño del bien jurídico tutelado. De esta manera, la necesidad de modificar el concepto jurisprudencial de la Sala Penal de la C.S.J, adoptando las ideas de autores como Zaffaroni permitiría coadyuvar armónicamente con los postulados del sistema penal acusatorio, en razón a la preclusión que se puede realizar conforme al ordenamiento jurídico penal cuando una conducta es atípica.

Seguir insistiendo que la ausencia de la lesividad se proyecta en la antijuricidad material conlleva el desgastamiento del aparato procesal y del poder punitivo del Estado en conductas donde la falta de ofensividad es clara y determinante para la no aplicación de sanción. Reconocer la ausencia de lesividad como un componente de la atipicidad, concluiría en la aplicación del numeral 4 del artículo 322 del Código de Procedimiento Penal, lo que extinguiría la acción penal ante la visualización evidente de ausencia de peligro o daño al bien jurídicamente tutelado. Finalmente, el principio de lesividad hace compendio de principios y garantías procesales que limitan el poder punitivo del Estado, que por lo contrario resultaría en exorbitantes decisiones sobre los derechos fundamentales de los individuos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aristóteles. *Metafísica*. Traducción de Valentín García Yebra. Siruela.

Benavides Vanegas, F. S. (2016). Autoría directa y autoría mediata, responsabilidad del superior y empresa criminal conjunta en el derecho penal internacional. *Revista Academia & Derecho*, 7 (13), 237-264.

Calderón Ibarra, A. J. (2016). Libre desarrollo de la personalidad: ¿batalla perdida o lucha incansable? *Revista Academia & Derecho*, 7 (12), (123-146).

Corte Constitucional (Colombia). Sala Plena. C-591. 9 de junio del 2005. M.P Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-5415.

Corte Constitucional (Colombia). Sala Plena. C-1154. 15 de noviembre del 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Expedientes D-5705 y D-5712.

Corte Constitucional (Colombia). Sala Plena. C-301. 27 de abril del 2011. M.P Juan Carlos Henao Pérez. Expediente D-8285

Corte Constitucional (Colombia). Sala Plena. C-713. 12 de septiembre del 2012. M.P Mauricio González Cuervo. Expediente D-8984.

Corte Suprema de Justicia (Colombia). Sala Penal. Radicado. 31362. 13 de mayo del 2009. M.P Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia (Colombia). Sala Penal. Radicado. 16066. 6 de octubre del 2004. M.P Edgar Lombana Trujillo.

Corte Suprema de Justicia (Colombia). Sala Penal. Radicado. 40089. 5 de octubre del 2016. M.P José Francisco Acuña Vizcaya.

Ferrajoli, L. (2012). *El principio de lesividad como garantía penal*. Revista Nuevo Foro Penal. Vol. 8, N° 79. Julio-diciembre 2012. PP. 100-114

G. Jakobs, ¿Lesión de un bien jurídico o daño social? Una contribución a la teoría del Derecho penal, manuscrito de la conferencia sostenida en la Academia de la Legislación y la Jurisprudencia de Madrid.

Jakobs, G. (1997). *Derecho penal, parte general*. Madrid: Marcial Pons.

Mir Puig, S. (2003). Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Recuperado de: <http://crimenet.urg.es/recpc/recpc05-05.pdf>

Mir Puig, S. (2006). *Derecho Penal: parte general*. Barcelona, España: Editorial Reppertor.

Mojica & Suarez (2016). El principio de oportunidad y la ausencia de lesividad en el proceso penal colombiano. Universidad Militar Nueva Granada.

Reyes, Y. (2014). El archivo de la investigación por atipicidad objetiva. Revista derecho penal n°:49, oct.-dic./2014, págs. 5-36

Roxín, C. (1979). *Teoría del tipo penal*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.

Roxín, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, I. (D. M. Luzón Peña, M. Díaz, G. Conlledo, & J. de Vicente Remesal, Trads.) Madrid, España: Civitas.

Roxín, C. (2002) *Política criminal y sistema del Derecho Penal*. Francisco Muñoz Conde (Trad.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi.

Sanguino Cuéllar, K., Baene Angarita E. (2016) La resocialización del individuo como función de la pena. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 1-30.

Velásquez, F. (2000). *La teoría de la conducta punible en el nuevo código penal*. *Revista Nuevo Foro Penal*, volumen 63.

Velásquez, F. V. (2009). *Derecho penal parte general*. Bogotá: Comlibros.

Zaffaroni, E. (2002). *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar.

