

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

LOS DELITOS DE INJURIA Y CALUMNIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra

TEMA I. INJURIA. CONCEPTO DE IMPUTACIÓN DESHONROSA. “Con reiteración ha expresado la Corporación que no todo concepto mortificante para el amor propio, toda descortesía o falta de cultura, puede considerarse como imputación deshonrosa a la luz de lo dispuesto en el artículo 313 del Código Penal.

“Ha expresado en diversas oportunidades esta Corporación, que para la tipificación del delito de injuria es indispensable que una persona impute a otra un hecho deshonroso, infamante o inmoral; que la imputación de ese hecho dañe o menoscabe la dignidad o el honor de la persona a quien se le atribuye y que el imputador tenga conciencia de que el hecho atribuido tiene esa capacidad de lesionar la honra o dignidad de esa persona.

“Este tipo penal protege como bien jurídico la integridad moral, sancionando a quien con manifestaciones infamantes o ultrajantes, lesione la fama, honor, dignidad o buena reputación del vilipendiado.

“Pero con la misma reiteración se ha expresado la Sala, que no todo concepto mortificante para el amor propio, toda descortesía o falta de cultura, puede considerarse como imputación deshonrosa a la luz de lo dispuesto en el artículo 313 del Código Penal. Resultaría exagerado sancionar como delictuosas, afirmaciones que si bien pueden lesionar nuestra vanidad o amor propio, dejan intactos nuestro honor - nuestra reputación, dignidad o patrimonio ético -.

“Recientemente expresó la Corte que “... la injuria debe ser suficiente para inferir daño y debe estar acompañada del animus injuriandi por parte del sujeto activo. La gravedad de la injuria no depende por tanto de la susceptibilidad del ofendido ni de la interpretación que éste haga de la supuesta imputación deshonrosa sino de su verdadero contenido y alcance

en forma tal que se traduzca en expresiones, términos o frases que constituyan o puedan constituir una afrenta al patrimonio moral de la víctima...” (Corte Suprema, auto del 27 de agosto de 1986).

“Examinando a través de los anteriores conceptos el comportamiento del Magistrado acusado, no puede considerarse como violatorio de la ley penal.

“En el memorial calificado de injurioso, el Magistrado sólo está imputando al juez un error procedimental en la tramitación de un proceso civil, error que fue examinado y encontrado probado en juicio disciplinario y que debió ocasionar algún perjuicio a las partes cuando fue sancionado con especial severidad como fue la pena de quince días de suspensión. No se le está imputando al juez la comisión de un delito contra la Administración Pública, cohecho concusión o prevaricato, sino un error que en concepto del Magistrado lesionó el patrimonio ajeno.

“En ninguna parte se afirma por el Magistrado, que el juez hubiese procedido dolosamente para beneficiar a terceros o que en el ilícito contubernio hubiese conseguido para sí prebendas o beneficios con detrimento de la Administración Pública.

“El propio juez en sus descargos acepta sus errores sus errores, como “fruto de la naturaleza humana y que en ningún caso extrañan mala fe, así con ellos desafortunadamente se puedan causar perjuicios...” (Memorial de reposición).

“Por otra parte, no se explica la Sala, cómo el juez se pueda sentir injuriado por un comportamiento del Magistrado, que él mismo asume en sus memoriales cuando expresa que el magistrado también cometió errores dentro de un proceso ejecutivo, que dieron origen a daños en el campo económico.

“Dice así el doctor, refiriéndose a la actuación del Magistrado :

“... a fin de evidenciar, cómo los errores que resalté en la sucesión de, dieron origen a daños que motivaron la denuncia...”

“Sólo puede deducirse que estos distinguidos funcionarios, se dejaron dominar de aquello que los antiguos llamaron “animus retorquendi”, con desmedro de la dignidad de su investidura, se olvidaron del debido respeto

y natural cortesía que deben regular las relaciones entre los funcionarios encargados de administrar justicia.

“La conducta atribuida del Magistrado es atípica y en consecuencia, no permite iniciar contra él acción penal.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas, Acta No. 16, 17-03-87, Gaceta Judicial No. 2428, t. CLXXXIX, p. 204).

COMENTARIOS

El tipo penal no puede existir sin la previa consideración del bien jurídico que se erige en su fundamento y finalidad. La lesión o amenaza de bienes jurídicos verificada por la realización de acciones humanas es irrelevante penalmente si tal acción no ha sido tipificada por el legislador al considerar dignos de protección penal tales intereses jurídicos. De esta forma todos los tipos penales, por serlo, protegen de manera específica uno o varios bienes jurídicos, pero no todos los bienes jurídicos existentes o determinables en una organización son protegidos penalmente, ni los bienes jurídicos que poseen protección penal lo son de una manera integral o genérica. A este respecto son bien ilustrativas las palabras de MAURACH citadas por REYES ECHANDÍA "debería castigarse toda acción causante de la lesión o peligro del bien, pero hasta examinar los tipos penales para percatarse de que no es esto lo que hace el derecho penal ; en la gran mayoría de los casos solo están conminados con pena determinados ataques al bien jurídico ; así, no existe tipo penal alguno que castigue toda lesión a la propiedad ajena ; lo único que existen son tipos que sitúan bajo pena de hurto, la apropiación indebida, el daño, etc.”

De la misma manera múltiple son los bienes jurídicos que no han sido en forma específica tutelados penalmente en nuestro ordenamiento podríamos pensar en los derechos laborales a la obtención de un salario justo por la labor desarrollada, derecho al salario, el derecho a la educación gratuita, el derecho a ser informado y a informar y múltiples exclusiones que tan solo reflejan para la dogmática la presencia de dos ámbitos axiológicos en la génesis de los tipos penales. De una parte la política legislativa adoptada la cual el dogmático acenta sin reservas ni reparos -no es su labor ni su interés- y de otra la naturaleza residual y límite del derecho penal.

La esencia del derecho penal y específicamente de la normatización de modelos de comportamiento, por definición, en la concepción del sistema jurídico político demoliberal, es de carácter excepcional y constituye un mecanismo que debe ser utilizado como último recurso, es decir, únicamente después de agotados otros instrumentos jurídicos estatales o de autoridad de prevención, contención, resarcimiento, reconocimiento del derecho, conciliación, no penales ni punitivos. Así los restantes ordenamientos -civil, laboral, comercial, administrativo se encargan de proteger bienes jurídicos, sin la prescripción típica de conductas, ni la amenaza de sanción penal, con la cual a esta disciplina se encarga una custodia parcial de bienes jurídicos, en relación directa con su naturaleza y prácticamente en referencia univalente con la política criminológica adoptada.

Pues bien, objeto de protección se incorpora en el marco de la tipicidad en sentido inmanente, en cuanto determina la génesis de cada tipo penal, la razón o fundamento de incriminación; como ya lo advertimos, no puede existir ningún tipo penal que no proteja la amenaza o lesión de un bien jurídico. Desde el ángulo teleológico la protección del bien jurídico, su salvaguarda y preservación, son el objetivo teórico y práctico de legislador al instituir un determinado tipo penal y, adicionalmente, encontramos que el tema entra en el campo de la tipicidad en cuanto determina la ubicación de los tipos penales dentro de la parte especial del Código Penal Sustantivo; los diferentes tipos penales diseñados y elaborados a categoría normativa penal, se encuentran agrupados según los bienes jurídicos que pretenden tutelar los cuales se incorporan en la parte especial a manera de acápite o títulos; en este sentido el llamado objeto jurídico cumple una función de sistematización de los tipos penales, la cual solo puede realizarse técnica y científicamente, con una rigurosa determinación de los objetos de protección.

Así concluimos que el llamado objeto jurídico lo estudiamos dentro de la tipicidad como aspecto inmanente, presente en la génesis de todo tipo penal, en referencia teleológica, como finalidad última de protección propuesta por el legislador y en función sistematizadora de la parte especial del Código Penal.

TEMA II. INJURIA. CALUMNIA. DELITOS DE RESULTADO. Determinación

“Es verdad que los delitos de injuria y calumnia son delitos de mera conducta y no de resultado, pero ello en manera alguna significa que no requieran darse a conocer las imputaciones calumniosas o injuriosas por cualquier medio de comunicación a la persona, o a varias, o al público en general, pues una calumnia o injuria que no se transmita a persona alguna no es punible porque tutelando estos delitos la honra de las personas y su honor mal pueden afectarse estos bienes por algo desconocido. Lo que sucede es que puede darse a conocer la imputación solamente a la víctima (caso en el cual hay delito pero con pena disminuida, art. 316, inciso 2º, C.P.), o a un tercero, que es lo ordinario, sea en forma directa o indirecta (art. 315 ídem) o darla a conocer a través de medios masivos de comunicación que es a lo que realmente se denomina divulgación, caso en el cual constituye causal de agravación punitiva (art. 316 ídem). Si la imputación calumniosa o deshonrosa se hace solamente a la víctima por carta cerrada, la realización del delito tiene ocurrencia cuando ésta se recibe, no porque el delito sea de resultado sino porque es en ese momento cuando se da a conocer la imputación atentatoria de la integridad moral de la persona. Ahora cuando la imputación se hace por carta dirigida a terceras personas o por medios masivos de información, la realización de la conducta ha de tenerse agotada donde se remitió la misiva o donde emitió la información en el medio respectivo.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia, Acta No. 034, 14-04-93, Gaceta Judicial No. 2463, t. CCXXIV, p. 588).

COMENTARIOS

En los tipos de mera conducta la acción objetiva se perfecciona con la simple realización de la acción u omisión descrita, sin que se exija, en el proceso de adecuación típica, la producción de determinados eventos o resultados.

Al describirse como punible el simple comportamiento del agente, el legislador acentúa el valor incriminatorio de aquel, el cual es considerado por sí mismo, sin consideración a su resultado, como merecedor de represión penal ; por lo anterior sin duda estas especies tipológicas se relacionan con la importancia que en un ordenamiento dado asumen los bienes jurídicos protegidos ; así intereses de gran valor para el legislador suelen ser protegidos mediante tipos de mera conducta, de la misma manera estos tipos reflejan el potencial ciminuso del comportamiento simple, todo también a juicio del legislador.

El evento o resultado excluido en estos tipos penales es entendido en sentido naturalístico o real. Así, estos tipos no exigen, para su perfeccionamiento, la producción de consecuencias jurídicas o materiales concretas. El juzgador en el proceso de adecuación típica, no necesita verificar la realización de resultados ulteriores del hecho.

Los tipos de mera conducta se clasifican a su vez en puros y referenciados. En los primeros la descripción comportamental no hace referencia, implícita o tácita a la persecución u obtención de resultados con connotación jurídica, en estos casos no solo la obtención de ulteriores eventos es irrelevante para la tipicidad, sino que además la estructura típica normatizada no contiene ninguna clase de referencia a los mismos.

Aquellos en los que se exige que la realización de la conducta, traiga como consecuencia un determinado evento o resultado. El resultado exigido bien puede consistir en concretos cambios en el mundo exterior o en modificaciones o daños en el objeto material de la infracción, y pueden estar presentes en forma explícita o implícita en la descripción. En estas formas típicas la simple realización de la conducta no es suficiente para que se produzca la estructuración del tipo, de tal manera que si el resultado exigido no se realiza no surgirá el hecho típico. El resultado aquí estudiado hace referencia a estrictas connotaciones físicas o naturalísticas.

De las misma manera en estas especies típicas no estamos considerando el simple reflejo o manifestación exterior que todo comportamiento humano debe tener para que sea considerado como tal ; los tipos de resultado comprenden eventualidades naturales del comportamiento que trascienden su propia realización para adquirir entidad propia y subsistente.

TEMA III. INJURIA. CALUMNIA. ESTRUCTURA. LUGAR DE COMISIÓN. “1. Si bien la injuria y la calumnia son delitos de conducta y no de resultado, los dos requieren que las imputaciones calumniosas o injuriosas se den efectivamente a conocer. 2. Para aquellos casos en que “el hecho punible se haya realizado en varios sitios, en lugar incierto o en el extranjero” ha previsto el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal que debe conocer del respectivo asunto “el funcionario judicial

competente por la naturaleza del hecho del territorio del cual se haya formulado primero la denuncia, o donde se hubiere proferido resolución de apertura de instrucción”.

“Ahora bien, dentro de una aproximación al tema que suscita la divergencia de criterios entre el Juzgado Promiscuo Municipal de San Roque y el Ochenta y Tres Penal Municipal de Bogotá, porque el primero consulta el sitio de destino de la comunicación suscrita por el procesado, y en el segundo se atiende al lugar en donde esa comunicación tuvo su origen, la solución asoma con vista en la realidad que encierra el proceso y sobre factores diferentes que ninguno de los funcionarios pronto tomó en cuenta, indicativos de la operancia de la llamada competencia a prevención.

“En tal sentido conviene precisar que si bien el querellante indica que de las afirmaciones injuriosas logró tener noticia al obtener la copia del concepto, tomándola del proceso disciplinario tramitado en la ciudad de Bogotá pero trasladado a Medellín donde lo conocieron sus representantes en el sindicato, en la misma ampliación de denuncia vino a extender los hechos sosteniendo que ya desde antes de conocer aquel escrito se hallaba enterado sobre los comentarios que venía haciendo ... a la empleada de la Caja en San Roque quien por esa fuente estuvo siempre al tanto de los pormenores de aquella actuación, y del propósito del procesado de hacer desvincular a por homosexual y escandaloso.

“Ya en anterior pronunciamiento tuvo la Sala ocasión de advertir que si bien la injuria y la calumnia son delitos de conducta y no de resultado, los dos requieren que las imputaciones calumniosas o injuriosas se den afectivamente a conocer, diferenciando, como lo hace la doctrina, el momento y lugar consumativo según los medios empleados, pues :

“Si la imputación calumniosa o deshonrosa se hace solamente a la víctima por carta cerrada, doctrina y jurisprudencia han sido uniformes en sostener que la realización del delito tiene ocurrencia cuando ésta se recibe, no porque el delito se ade resultado - que no lo es como se vio - sino porque es en ese momento cuando se da a conocer la imputación atentatoria de la integridad moral de la personal”, para diferenciar el caso en que “ la imputación se hace por carta dirigida a terceras personas o por medios masivos de información”, donde la realización de la conducta ha de tenerse agotada donde se remitió la misiva o donde emitió la información el medio respectivo” (Auto de abril 16 de 1993).

“Para el caso que se controvierte, claro se ve que en la primera información el querellante restringió el hecho a la misiva “confidencial” que el procesado remitió con destino al proceso disciplinario que se le adelanta en Bogotá donde le requerían un concepto sobre su personalidad. Mas, avanzando el sumario, complementó el señor ... que aquella información se trasladó a Medellín donde llegó a conocimiento de los miembros del sindicato de la Caja Agraria, de quienes tuvo noticia sobre el agravio, pero al propio tiempo precisó que ya en la localidad de San Roque el señor venía haciendo comentarios sobre el desarrollo del proceso y su conceptualización del querellante como individuo promotor de escándalos y de tendencia homosexual, comportamiento que involucra la ocurrencia del episodio que se investiga en distintos municipios a la vez, circunstancia que se constituye en factor determinante para la delimitación de competencia.

“En efecto y si para aquellos casos en que “el hecho punible se haya realizado en varios sitios, en lugar incierto o en el extranjero” ha previsto el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal que debe conocer del respectivo asunto “el funcionario judicial competente por la naturaleza del hecho, del territorio en el cual se haya formulado primero la denuncia, o donde primero se hubiere proferido resolución de apertura de instrucción”. De toda claridad resulta que la presente actuación debe proseguir bajo el conocimiento del Juzgado Promiscuo Municipal de San Roque en el Departamento de Antioquia, pues allí formuló el señor Hipólito Aragón su queja, allí se abrió investigación y ha venido avanzando sin tropiezos con la vinculación del querellado y la definición de su situación provisional, aspectos todos que se conjugan con el contenido íntegro de la imputación al afirmar que fue San Roque uno de los lugares donde estuvo haciendo el procesado divulgación de sus conceptos desvalorativos hacia su expediente.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda, Acta No. 056, 23-06-93, Gaceta Judicial No. 2463, t. CCXXIV, p. 1388).

COMENTARIOS

De la misma manera el tipo puede bien exigir para su estructuración la obtención de efectivos resultados o limitar la incriminación a la observación de la realización simple de la acción sin que interesen a efectos de la tipificación los eventuales efectos producidos. Igualmente

genera diversas especies de tipos penales el alcance y contenido de la protección al bien jurídico y la pluralidad o singularidad de su respectiva especificidad.

En todas las anteriores hipótesis observamos una conjugación de la política criminológica adoptada y la observancia o desacato a los principios de técnica legislativa.

Las diversas clasificaciones del tipo penal que se han propuesto tienen en algunas ocasiones relevancia práctica, tanto a efectos del momento de redacción legislativa como en el propio proceso de adecuación; de la misma manera encontramos en ellas valor procesal en cuanto pueden coayudar a la determinación del momento consumativo y con ello a la fijación de la competencia territorial. Finalmente algunas de ellas revisten mero interés didáctico y metodológico pero siempre será importante su estudio por el potencial de apoyo hermeneúutico que proporcionan y contienen.

La clasificación de los tipos penales, en tipos de mera conducta -dentro de estos, los de simple conducta puros y referenciados- y de resultado -subclasificados en aquellos de resultado singular y otros de resultado plural sucesivo heterogéneo- reviste importancia para de la determinación del momento en que se considera perfeccionado el hecho punible, el cual marca el inicio del término de prescripción (art. 80 C.P. de 1980) y para la determinación del lugar en que se realizó el delito (art. 13 C.P. de 1980) el cual señala la adscripción de competencia territorial.

Además, los tipos de mera conducta difícilmente admiten la modalidad tentada, pues el comienzo de los actos ejecutivos coincide con el perfeccionamiento; los tipos de resultado admiten la tentativa con lo cual esta clasificación adquiere importancia para su determinación.

TEMA IV. INJURIA. CALUMNIA. COMPETENCIA A PREVENCIÓN.

“La Corte ha sostenido reiteradamente que cuando se trata de calumnia o injuria cometidos por un medio escrito, el delito se perfecciona en el lugar donde se difunde o se hace pública la especie calumniosa o injuriosa, ya que pertenece a la esencia de estos ilícitos la divulgación, pues es de esa manera como se hace correr un peligro cierto al bien jurídico protegido, o

sea la integridad moral, el cual radica en que los destinatarios de la información lleguen a tener por cierta la afirmación infamante o ultrajante, con perjuicio del ofendido. Es cierto que estos delitos se consuman de manera instantánea en el sitio en que la especie calumniosa o injuriosa se hace pública, pero ello no quiere decir que cuando su divulgación se haya verificado de manera simultánea en varios lugares o cuando el sitio en que se produjo sea incierto, no sea aplicable el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal que consagra la competencia a prevención precisamente para los casos en que se presentan tales situaciones.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel, Acta No. 081, 07-09-93, Gaceta Judicial No. 2466, t. CCXXVII, p. 773).

COMENTARIOS

En cuanto a las modalidades típicas de consumación, en cuanto al tiempo los delitos se dividen en instantáneos, permanentes o instantáneos con resultado permanente. El homicidio es instantáneo porque su consumación se perfecciona en el instante de la muerte de la víctima. El delito de plagio, en cambio, o la privación ilegal de libertad son delitos permanentes. La libertad física no se puede aniquilar sino anular momentáneamente durante todo el tiempo en que se perpetre el delito. El delito cesa cuando el delincuente detiene su acción. El momento consumativo se prolonga, pues, ad libitum en el tiempo por voluntad del sujeto activo. El delito de usurpación, por último, es un delito instantáneo de efectos permanentes.” FRIAS CABALLERO, Jorge, Teoría del delito, Livrosca, c.a., Caracas, 1996, p. 164)

En los tipos de conducta instantánea con la materialización de la conducta se produce la perfección y agotamiento del tipo. Para casos de tipos de resultado no interesa que el evento exigido se verifique con posterioridad. En el homicidio la realización de la acción agota el tipo penal en forma instantánea, aunque la muerte del sujeto pasivo se produzca con posterioridad. En las lesiones personales, el ocasionar lesión a la integridad biosíquica del sujeto pasivo, es acto instantáneo que, simultáneamente su con realización, estructura cabalmente el tipo penal; de igual manera la injuria, el aborto

Por el contrario en los tipos de conducta permanente la conducta descrita, una vez realizada, perfecciona el tipo penal pero no lo agota,

sino que este perdura en el tiempo mientras dure la materialización de la acción.No es que la acción se prolongue en el término pues toda acción humana por naturaleza es instantánea, sino que el proceso de agotamiento del tipo perdura. La determinación del carácter permanente de un tipo se debe realizar de manera efectual en cuanto los efectos materiales de la conducta típica ya perfeccionada se prolonguen en el tiempo sin que pueda predicarse que el hecho típico se encuente agotado o extinguido.

Ejemplificando el delito de secuestro terminamos de explicar el anterior criterio; este es un tradicional caso de tipos de conducta permanente en el cual el acto inicial, que perfecciona el tipo, de arrebatarse, sustraer, retener u ocultar al sujeto pasivo se verifica de manera instantánea, pero con él no se puede considerar agotado el tipo, tal proceso perdura en el tiempo, mientras no se produzca la fuga, liberación, rescate o muerte del mencionado sujeto, así, al proceso de agotamiento típico hace referencia la categoría de tipo permanente.

Esta especie de tipos penales tampoco hace referencia a la vulneración o puesta en peligro del bien jurídico, pues si utilizáramos este elemento de examen todos los hechos típicos serían de carácter permanente, pues la vulneración o puesta en peligro de aquel, siempre perduran en el tiempo, en ocasiones adquieren un carácter indefinido y hasta infinito, pues ella solo se suspende con el resarcimiento voluntario o judicial. Por tanto esta clasificación hace directa y estricta referencia a la conducta en cuanto susceptible o no de agotamiento instantáneo. También podemos encontrar como ejemplos la asociación para delinquir, la detención arbitraria.

Finalmente hemos de aclarar que ni el perfeccionamiento del tipo, ni la consumación del punible, pueden adquirir carácter permanente, esas categorías coinciden ontológicamente y siempre se hunde verificar en un instante determinable y determinado a partir del cual la conducta típica cae en el dominio sustancial y procesal del derecho penal, pero el tipo una vez perfeccionado y consumado el punible puede quedar agotado - conducta instantánea - o continuar su proceso de extinción o agotamiento - conducta permanente -.

TEMA V. CALUMNIA E INJURIA. “La misma imputación no puede dar lugar a calumnia e injuria, porque son dos

descripciones típicas excluyentes”. ACCION DISCIPLINARIA. “Una conducta investigada que sea atípica penalmente, puede no serlo desde el punto de vista disciplinario.”

“1º En realidad la Juez querellada, al referirse a la petición de la abogada defensora en la providencia del 1º de agosto de 1988, utilizó expresiones inadecuadas como, “actitud contraria a la ética profesional”. Acción maliciosa para desviar el recto criterio de esa funcionaria”. “Flagrante violación al régimen disciplinario” Y “falta contra la lealtad debida a la administración de justicia”, que indican una reacción desmedida, ajena a la serenidad, respeto y elegancia que se debe observar, así sea para reprochar a otra persona su mal comportamiento.

“Pero esas expresiones constituyen la respuesta indignada de la funcionaria, al caer en el error de creer que había descubierto en la abogada propósito de engañar, anexando al proceso certificaciones médicas expedidas a su cliente en años anteriores. Empleó calificativos injuriosos, con capacidad de lesionar la buena imagen de la profesional litigante, hasta el punto de que al parecer, ese fue el motivo para que le revocaran el poder. Sin embargo, con igual claridad se ve que no lo acompañó el ánimo de injuriar.

“El dolo de la injuria lo forman la conciencia y la voluntad de deshonar, de lesionar la integridad moral de otro. Este elemento subjetivo se debe desentrañar de las circunstancias que rodearon el hecho, de los medios utilizados, de los antecedentes en la relación de los sujetos, de sus condiciones intelectuales y sociales, en fin, de todo aquello que permita obtener certeza sobre la intención del autor de las imputaciones. En el caos que ocupa la atención de la Sala, todo indica que en el comportamiento de la funcionaria no hubo el menor deseo de injuriar, de atacar la honra de la abogada, simplemente le negó una petición de manera enérgica, ofendida por el engaño del cual pensó que iba a ser víctima ; prueba de esto es que todas las expresiones utilizadas apuntan a corregirle la supuesta falta, a hacerle ver que obró mal y de una manera censurada en la gestión profesional, exclusivamente.

“Tampoco existe prueba de algún antecedente, diferente de la relación procesal, que pudiera haber originado el incidente; o de un interés distinto de exigir lealtad y respeto por la administración de justicia, todo lo cual nos

lleva a la misma conclusión del Ministerio Público, de que no existió dolo y por lo tanto no hay lugar a juicio de reproche.

“2º Con relación a la calumnia, también endilgada a la procesada, la Corte en providencia de noviembre 23 de 1982, hizo las siguientes precisiones : “Incorre en calumnia la persona que impute falsamente a otro un hecho punible. Imputar es atribuir a otro determinada acción u omisión ; hecho punible es cualquier comportamiento descrito en la ley penal como delito o contravención, o cuando ella se refiera a un comportamiento efectivamente realizado por el sujeto pasivo y subsumible en cualquier tipo delictivo o contravencional, la conducta del agente no genera responsabilidad penal por ausencia de tipicidad, ya que no se da en tales casos un pleno acomodamiento de la acción del actor en todos y cada uno de los elementos integradores de esta figura, pues el hecho imputado no es punible, o, él corresponde a uno efectivamente realizado por la persona a quien se atribuye y, por ende la imputación no ha sido falsa”.

“La doctora, no le atribuyó a la abogada la comisión de un hecho punible, sino faltas al régimen disciplinario, lo cual descarta la existencia de la calumnia sin necesidad de analizar la antijuridicidad y la culpabilidad.

“Es procedente aclarar que la misma imputación no puede dar lugar a calumnia e injuria, porque son dos descripciones típicas excluyentes. Si la afirmación falsa del autor se concreta en la atribución de la comisión de un delito o una contravención, se tipifica la calumnia, a si dichas afirmaciones sena deshonrosas ; la injuria se configura en todas aquellas situaciones en que se ataca la honra imputando al ofendido actuaciones que no constituyen hecho punible, pero que tienen capacidad para poner en peligro o lesionar su integridad moral.

“3º Sobre el supuesto delito de falsedad, fácilmente se concluye que no se tipifica, porque las consideraciones de los jueces en las providencias no tienen por objeto dar fe de un suceso o incorporar una verdad, simplemente, se trata es de expresar el criterio que sirve de sustento a una determinada decisión. Razón le asiste al Procurador Delegado, cuando opina que esas apreciaciones no tienen aptitud para afectar la fe pública y de ellas solamente se puede decir que son acertadas o equivocadas.

“4º La mayoría de la Sala encuentra que si bien es cierto que la conducta investigada es atípica penalmente, no lo es desde el punto de vista

disciplinario, pues con toda claridad el artículo 60, literal b) del Decreto 052 de 1987 (art. 8º literal c) Decreto 1888/89) instituye como falta de esta índole el proceder de la funcionaria denunciada (“Proferir expresiones injuriosas o calumniosas contra cualquier funcionario o empleado o contra quienes intervienen en los procesos”).” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel, Acta No. 019, 05-04-91, t. CCXI, p. 292. Con Salvamento de Voto).

COMENTARIOS

A partir del criterio de motivabilidad o capacidad de motivación, se integra el contenido de la culpabilidad, vale decir, se elaboran los requisitos o elementos necesarios para que una conducta típica y antijurídica pueda ser tildada de culpable.

En primer término, encontramos la situación del sujeto que le permite regir su comportamiento de acuerdo con los mandatos y prohibiciones normativas, según lo cual, los estados de minoría de edad, inmadurez psicológica, inadaptación sociocultural o patología síquica, manifiestan la incapacidad de motivación del sujeto por la norma infringida, con lo que la inimputabilidad es denominada como “ausencia de capacidad de culpabilidad”, y su aspecto positivo, la imputabilidad, se erige en el primer elemento o requisito de la culpabilidad.

En segundo lugar, se exige el conocimiento de la ilicitud de la conducta realizada o conocimiento de la antijuridicidad, en razón a que la norma solo puede motivar al individuo, si este conoce y entiende, bajo parámetros medios de razonabilidad, el contenido de la prohibición; dentro de la teoría de la motivabilidad, el conocimiento de la ilicitud es la razón de la abstención, si tal conciencia no existe, no puede haber motivación y la acción típica y antijurídica no adquirirá la calidad de culpable.

Finalmente, la no exigibilidad de un comportamiento diferente es la tercera condición para la estructuración de la culpabilidad. El sujeto actuante debe encontrarse dentro de unos límites tangibles que hagan exigible, por parte del Ordenamiento, la respectiva acción o abstención; a los coasociados no se les puede reclamar comportamientos heroicos o imposibles, con lo que se fija un ámbito normativo de conminación o límite de exacción, que si bien se trata de nutrir estableciendo fronteras de

naturaleza objetiva, sigue siendo un elemento a determinar frente al caso concreto; si obedecer la norma coloca al sujeto en el ámbito de lo heroico o imposible, no puede haber exigibilidad y por ende se ha de derivar inculpabilidad y supresión del juicio de responsabilidad penal. A estos elementos de la culpabilidad dedicaremos comentarios adicionales a propósito de los artículos 32 y 33 del nuevo Estatuto.

No obstante la relativa coherencia de la concepción que acogemos, por adecuarse satisfactoriamente a la sistemática adoptada por el Código de 2000, el contenido dogmático de la culpabilidad sigue originando vacilaciones y oposiciones teóricas. Al justificarse plenamente la pertenencia del dolo y la imprudencia a la acción, antes comprendidos como las paradigmáticas “formas” en las cuales se manifestaba este elemento del punible, se ha querido introducir en él todos los componentes que no caben ni en la tipicidad ni en la antijuridicidad, pero que sí son necesarios para la derivación de responsabilidad penal. Solución doctrinal peligrosa, pues puede brindar ocasión para acoger dentro de la culpabilidad, institutos de la más variada naturaleza, que pueden desarticular o diluir el concepto dogmático del delito. Esta amalgama en apariencia indiscriminada, es reconocida expresamente por MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN: “Esta categoría es la culpabilidad. Es una categoría cuya función consiste, precisamente, en acoger aquellos elementos que, sin pertenecer al tipo, ni a la antijuridicidad, determinan la imposición de una pena” (Derecho penal, parte general, p. 317).

El Proyecto inicial (No. 40 de 1998, Senado) en su artículo 11 inciso 2^a, pretendió especificar como elemento de la culpabilidad la conciencia de la antijuridicidad, en el afán de delimitar y hacer más rigurosa su aplicación, estableciendo que “para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.” Pero esta metodología indicaba una restricción indebida del concepto y contenido de la culpabilidad, pues, por lo menos en apariencia, señalaba que dicho conocimiento era su exclusivo componente.

Se advirtió oportunamente, que la culpabilidad no puede reducirse al conocimiento de la antijuridicidad, y que en esto, por lo menos, hay unanimidad en la doctrina contemporánea; de ella hacen parte la exigibilidad de otra conducta, la capacidad de actuación de manera distinta, la motivabilidad de la norma penal, la graduación de la

magnitud de la pena en relación con la intensidad de la culpabilidad, etc. (Cfr. Procuraduría General de la Nación, La reforma al sistema penal, p. 37). Esta acertada crítica fue hasta cierto punto acogida, en la normatividad finalmente adoptada, gracias al traslado de la determinación del conocimiento de la antijuridicidad al artículo 32 N^a 11 inciso 2^a, que prescribe como causal de inculpabilidad el error de prohibición; sistemática que en alguna medida deja abierto el concepto de culpabilidad y la posibilidad de introducir en él todos sus elementos configurantes.

TEMA VI. CALUMNIA. INJURIA. “Las personas jurídicas no son sujetos pasivos de ese delito (calumnia) en la medida en que no se les puede imputar a ellas la comisión de hechos punibles. Hipótesis distinta es cuando la calumnia se dirige contra los socios, pero en ese evento corresponde a ellos como personas naturales presentar la querrela. Diferente es la situación respecto de la injuria, puesto que las imputaciones deshonrosas pueden predicarse tanto de las personas naturales como de las jurídicas”.

“De las pruebas recaudadas surgen como debidamente acreditados los siguientes hechos :

“1^o.- El doctor es actualmente Senador de la República, razón por la cual esta Corporación es competente para la investigación y juzgamiento de los hechos que se les imputan, de acuerdo a lo establecido en el artículo 235 de la Constitución Política.

“2^a.- Como el artículo 322 del Código Penal establece que en los casos de calumnia e injuria solo se procederá mediante querrela, resulta claro que la investigación adelantada mediante estas diligencias se refiere exclusivamente a si el indagado calumnió o injurió con sus afirmaciones a la sociedad Inversiones Ltda., ya que la queja fue presentada en su nombre por el representante legal.

“En estas condiciones, la primera conclusión que surge es que se debe descartar la imputación por calumnia, ya que las personas jurídicas no son sujetos pasivos de ese delito, en la medida en que no se les puede imputar a ellas la comisión de hechos punibles. Hipótesis distinta es cuando la

calumnia se dirige contra los socios, pero en ese evento corresponde a ellos como personas naturales presentar la querrela.

“3º.- Diferente es la situación respecto de la injuria, puesto que las imputaciones deshonrosas pueden predicarse tanto de las personas naturales como de las jurídicas, razón por la cual corresponde concretar, si la conducta atribuida al Senador se adecua a la descripción típica prevista en el artículo 313 del Código Penal.

“Veamos :

“Con la lectura de la transcripción de los cassettes se constata, que ni en las cuñas radiales ni en el discurso pronunciado en Sahagún se hizo mención alguna de la sociedad Inversiones Córdoba Ltda., luego las acusaciones del querellante son fruto de la inferencia que él obtiene apoyándose en la alusión que se hace en las grabaciones al ron llamado Cero Treinta y Nueve, y al contrato para la distribución y fabricación de licores.

“La circunstancia de no existir ninguna referencia directa a Inversiones, lleva al quejoso a sostener de manera reiterada que las afirmaciones del querellado afectan por igual a la compañía y a sus socios, pero no puede concretar cuál es la imputación deshonrosa contra la empresa que gerencia, desviándose a transcribir apartes del discurso en el que el doctor sostiene que para la firma del contrato se pusieron de acuerdo dos sectores importantes del partido liberal, y le quitaron a veinte mil millones de pesos en impuestos de timbre nacional. También que “...otro señor en la Gobernación prorrogó la construcción de la obra, para que estos pícaros siguieran robándole a ” :

“Teniendo en cuenta lo analizado, para la Sala es evidente que no se tipifica el delito de injuria contra Inversiones Ltda.

“4º.- Al margen de lo dicho, y para abundar en razones respecto a lo que se debe decidir, es importante destacar las irregularidades que las autoridades competentes encontraron en la elaboración del contrato en mención.

“Mediante providencia del 17 de marzo de 1992, la Procuraduría Delegada para la Contratación Administrativa declaró responsables disciplinariamente al Gobernador, y al Contralor General del Departamento, imponiéndoles como sanción veinte días de sueldo a

cada uno. Al primero, por haber exonerado a los contratistas de la obligación de pagar los impuestos departamentales, dejando de ingresar aproximadamente tres millones setecientos sesenta y dos mil pesos (3.762.000) en el año 1989. Y al segundo, por aprobar la garantía de cumplimiento del contrato con un vigencia de tan solo un año, cuando ha debido extenderse a un plazo no menor de veinte (20) años.

“El Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil - el 15 de agosto de 1990 absolvió la consulta sobre el monopolio de la producción, introducción y venta de licores, formula por el Ministerio de Gobierno, y en ella puntualizó entre otras respuestas las siguientes : Los gobernadores no están autorizados para celebrar contratos de concesión con empresas particulares para la producción, introducción y venta de licores ; el impuesto de consumo debe ser pagado por los productores o introductores de bebidas fermentadas a los Departamentos, y las Asambleas Departamentales solamente están autorizadas para expedir las normas que reglamenten los aspectos administrativos de recaudo, gravamen, consumo y las que sean necesarias para asegurar el pago, impedir la evasión y eliminar el contrabando de licores ; y, el concesionario no puede celebrar convenios de introducción o intercambio por el artículo 123 de decreto 1222 de 1986.

“El 25 de febrero de 1991, el tribunal Contencioso Administrativo de Córdoba decretó la suspensión provisional de la ordenanza No. 01 del 12 de Junio de 1989, mediante la cual la Asamblea autorizó al Gobernador a celebrar el contrato de concesión en representación del departamento.

“La Viceprocuraduría General de la Nación solicitó al Fiscal Primero ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Córdoba, instaurar la acción de nulidad del contrato celebrado entre el Departamento y la sociedad Inversiones Córdoba Ltda., petición que fue atendida, y como consecuencia el Tribunal decretó la nulidad del contrato celebrado entre el Departamento y la sociedad Inversiones, petición que fue atendida, y como consecuencia el Tribunal decretó la nulidad en fallo del 28 de noviembre de 1994.

“Como se acaba de ver, las afirmaciones del Senador sobre la ilegalidad del contrato y los notables perjuicios económicos que con el se causaba a las arcas departamentales a la verdad.

“Ante la atipicidad de la conducta del acusado, en relación con la querrela formulada por el representante legal de la persona jurídica Inversiones, la Sala no sólo se abstendrá de dictar medida de aseguramiento en su contra, sino que decretará la preclusión de la investigación.”

CALUMNIA/INJURIA (Aclaración de Voto)

“Propuse a la Sala y no encontré finalmente eco en ello, que se asumiera a fondo el debate sobre la integridad moral de las personas jurídicas a efecto de que quedara en claro cuál era la razón para que la Corte diera por aceptada la discutible tesis de que son susceptibles de ser lesionadas en su honor o su honra y por tanto víctimas del delito de injuria.

“La delimitación del bien jurídico tutelado es asunto fundamental para precisar la tipicidad del respectivo hecho punible. Esa función de concepto de bien jurídico termina siendo la que justifica su existencia dogmática. No solo contribuye a interpretar el objeto de la prohibición para determinar su alcance típico, sino que permite definir el límite de lo materialmente antijurídico por la medida del daño o la capacidad de producirlo de la conducta imputada.

“En segundo término, según el concepto de integridad moral sea personalismo o permita otras proyecciones, produce esquemas distintos de aplicación del tipo penal, que siempre sería el mismo (art.313). El contenido del buen nombre de las personas humanas no puede ser igual al del buen nombre de las personas jurídicas de derecho público. Una indefinición en este último sentido sencilla y llanamente coloca al derecho penal al borde de la consagración del delito de opinión o de la persecución de la desidencia.

“En tercer lugar, imputación deshonrosa para una sociedad comercial puede ser desde aquello que critica la bondad de sus productos hasta aquello que resulte ácido por la impugnación de los precios del mercado o por el destino final de las ganancias. Se involucra así el derecho penal en cuestiones atinentes al contenido económico del buen nombre comercial (y en conductas de competencia desleal) bien jurídico éste que no tiene existencia autónoma y que más bien hace parte del patrimonio de las personas jurídicas, siendo susceptible de ser protegido y - seguramente

más eficazmente - a través de las vías previstas en el derecho privado y en las normas de policía administrativa por parte de las Superintendencias.”

ACLARACION DE VOTO :

“No encuentro objeción alguna a la decisión de precluir la investigación porque existen argumentos jurídicos y probatorios que conducen a ello. Sin embargo, propuse a la Sala y no encontré finalmente eco en ello, que se asumiera a fondo el debate sobre la integridad moral de las personas jurídicas a efecto de que quedara en claro cuál era la razón para que la Corte diera por aceptada la discutible tesis de que son susceptibles de ser lesionadas en su honor o su honra y por tanto víctimas del delito de injuria.

“Tradicionalmente en Colombia el punto no fue impugnado ; pero porque existía un antecedente de lege data como era el del artículo 344 del Código Penal de 1936, norma expresa que no quedó reproducida en el Código Penal de 1980 y sobre el cual la Comisión Final de redactores se abstuvo de hacer comentario alguno, aún a pesar de que el proyecto que constituyó su punto de partida para el análisis así lo consagraba. (Art. 459) (Cfr. Actas de Nuevo Código Penal Colombiano ; Parte Especial, Vol.II ; Colección Pequeño Foro, P.247).

“Las derivaciones de la posición que se adopta parecen ser bien importantes y por ello es que considero de importancia que la Corporación se pronuncie sobre el tema.

“En primer lugar, la delimitación del bien jurídico tutelado es asunto fundamental para precisar la tipicidad del respectivo hecho punible. Esa función del concepto de bien jurídico termina siendo la que justifica su existencia dogmática. No solo contribuye a interpretar el objeto de la prohibición para determinar su alcance típico, sino que permite definir el límite de lo materialmente antijurídico por la medida del daño o la capacidad de producirlo de la conducta imputada.

“En segundo término, según el concepto de integridad moral sea personalísimo o admita otras proyecciones, produce esquemas distintos de aplicación del tipo penal, que siempre sería el mismo (art. 313). El contenido del buen nombre de las personas jurídicas y, dentro de éstas, el de las personas jurídicas de derecho privado no es idéntico al de las personas jurídicas de derecho público. Una indefinición en éste último

sentido sencilla y llanamente coloca al derecho penal al borde de la consagración del delito de opinión o de la persecución de la disidencia.

“En tercer lugar, imputación deshonrosa para una sociedad comercial puede ser desde aquello que critica la bondad de sus productos hasta aquello que resulte ácido por la impugnación de los precios del mercado o por el destino final de las ganancias. Se involucra así el derecho penal en cuestiones atinentes al contenido económico del buen nombre comercial (y en conductas de competencia desleal) bien jurídico éste que no tiene existencia autónoma y que más bien hace parte del patrimonio de las personas jurídicas, siendo susceptible de ser protegido y - seguramente más eficazmente - a través de las vías previstas en el derecho privado y en las normas de policía administrativa por parte de las Superintendencias.

“Por último, una interpretación de éste tenor conduce a una sobresaturación aún mayor del sistema penal, cuando la política criminal más moderna propone reducirlo. Bastantes dificultades tiene para resolver los asuntos que genera la protección de lo más elemental, los derechos del individuo, como para agregarle ahora la más insólita de convertirlo en arma de guerra por parte de los conglomerados económicos.

“Quede claro eso sí que no se opone el suscrito a que el buen nombre de las personas jurídicas sea tutelado. Lo que no me parece es que sea un asunto de integridad moral y que por este camino se prohíba la tendencia de que a todas las manifestaciones del conflicto socio económico se les recete una buena dosis de derecho penal.”

Con el debido respeto,

CALOS E. MEJIA ESCOBAR

(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel, Acta No. 24, 22-02-95, t. CCXXXVI, p. 219. Con aclaración de voto).

TEMA VII. INJURIA., CALUMNIA. “La injuria se tipifica al hacerse a una persona imputaciones deshonrosas, y la calumnia se caracteriza por la imputación falsa de hecho punible, y debiendo la imputación ser clara, concreta, circunstanciada, categórica, de modo que no suscite duda”.

“De la lectura desprevenida del escrito mencionado, se destaca con meridiana claridad que el doctor no le hace la imputación al doctor de conducta punible de alguna naturaleza que amerita la investigación penal, sino que su solicitud va encaminada a que la Fiscalía lo requiera para que dé explicaciones sobre la autoría de los luctuosos hechos que podrían sobrevenir, conforme a las declaraciones de prensa que él diera.

“Dichas declaraciones, dadas al diario El Heraldo de Barranquilla (Página 11 A), cuyo ejemplar se adjuntó, no entrañan, por sí, actitud reprochable de carácter penal, pues se limitan a poner de presente algunas circunstancias de violencia en ese sector de la Nación. Se dice en el artículo que el Senador expresó : “.... Pero si el estilo político de escupir al prójimo se convierte en el estilo político de balear al prójimo, entonces el Movimiento ciudadano se hará responsable, política y moralmente, de la sangre que corra y rueda en Barranquilla ...”

“No es posible enmarcar este comportamiento en algún punible contra la integridad moral, porque siendo que la injuria se tipifica al hacerse a una persona imputaciones deshonorosas, y la calumnia se caracteriza para la imputación falsa de hecho punible, y debiendo la imputación ser clara, concreta, circunstanciada, categórica, de modo que no suscite duda, la circunstancia de que el congresista hubiere relevado que existía un ambiente de violencia política en la región con presagio de consecuencias ulteriores mayores, ciertamente que carece de esa concreción, puesto que no hace mención a una situación de perfiles deshonorosos o punibles específicos, atribuidos a una persona en particular, condiciones necesarias para la tipificación de alguna de aquellas conductas. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Valencia M., Acta No. 47, 04-04-95, t. CCXXXVI, p. 316).

COMENTARIOS

La integridad moral se entiende como 'un estado a que tiene derecho toda persona, en su doble categoría de natural y jurídica, para conservarse en el uso y goce de sus sentimientos íntimos de dignidad, para disfrutar y complacerse con la buena fama conquistada por ella, y aún trasmitirla a otros'. En la protección penal surtida en nuestro sistema vigente no se comprenden infinidad de aspectos que forman parte de la integridad

moral del individuo, como la virtud o el pecado, los buenos o malos pensamientos, valoraciones que dada su naturaleza subjetiva, no pueden ser reprimidas penalmente.

El ordenamiento penal tan solo protege algunas pocas esferas de la composición moral del ser humano, en cuanto son las que más fácilmente pueden ser objeto de ataques de terceros; son ellas la autoestima, la buena fama y la buena reputación, entendidas como el subjetivo convencimiento de la propia bondad o dignidad, el convencimiento y creencia que de la bondad y dignidad de una persona tienen los demás, y los efectos materiales y morales de una y otra. La integridad moral está compuesta por bienes inmateriales, relaciones subjetivas y abstractas que se objetivan y concretan únicamente por sus efectos en el mundo social, económico y laboral del sujeto; tales bienes y relaciones son los elementos del llamado patrimonio moral que resulta afectado por la realización de las conductas descritas en este título.

Dada la innegable naturaleza subjetiva del bien jurídico protegido, la ley penal lo tutela también en un sentido subjetivo; así, las imputaciones deshonorosas o la falsa imputación de un hecho punible son reprimidas sin consideración a las calidades objetivas del sujeto pasivo, salvo la eximente de punibilidad prevista en el art. 317 C.P. de 1980. Todo hombre, sin interesar su conducta o actividades pasadas, tiene "per se" una dignidad, sobre él grávita un destino, de nadie es posible afirmar que carece de honor, honrra y reputación, pues con ello se estarían negando intrínsecos valores de todo ser humano, que han de ser garantizados por el ordenamiento.

TEMA VIII. CALUMNIA. "El delito de calumnia es de aquellos que requieren querrela para su investigación y por el ello es el ofendido quien tiene el poder de disposición sobre la acción penal. De suerte que aunque haya sido víctima de varios delitos de calumnia, si el sujeto pasivo desea denunciar uno de ellos la administración de justicia no puede extenderse a los demás."

“Resulta lamentable que asuntos jurídicamente tan sencillos como éste puedan originar tamaño desgaste del aparato judicial y demanden términos tan amplios para su definición. Es así como transcurridos varios meses desde cuando se formuló la denuncia aún no ha sido posible que el juez legalmente competente asuma cabalmente su función, a causa de lo cual

largo tiempo después de abierta la investigación todavía no se ha producido la vinculación del sindicato.

“No ha debido olvidarse que el delito de calumnia es de aquellos que requieren querrela para su investigación y por ello es el ofendido quien tiene el poder de disposición sobre la acción penal. De suerte que aunque hubiere sido víctima de varios delitos de calumnia, si el sujeto pasivo sólo desea denunciar uno de ellos la Administración de Justicia no puede extenderse a los demás.

“Del proceso emana con claridad que no fue una sola la manifestación presuntamente calumniosa proferida contra el denunciante, sino varias y en distintos lugares.

“Empero si se sintió afectado por las manifestaciones que le hiciera a su tío, en su residencia de Barranquilla, y fue este hecho el que motivó a presentar la única querrela de que se tenga noticia ante el Juez Penal Municipal de esa ciudad, resulta evidente que la investigación debe adelantarse en Barranquilla aunque después se hubiere conocido que manifestaciones similares a la denuncia se produjeron en distintas localidades.

“Y como quiera que son los jueces penales municipales los competentes para conocer de los procesos por delitos que requieran querrela de parte (art. 73, numeral 2, C. de P.P.), se concluye que la investigación debe continuar a cargo del Juzgado Catorce Penal Municipal de Barranquilla, tal como se inició.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez, Acta No 005, 31-01-94, Gaceta Judicial No 2469, t. CCXXX, p.).

COMENTARIOS

Es imputación falsa de un hecho punible a persona determinada; conducta que obviamente entraña su deshonrra, humillación y descrédito. Es acusación falsa hecha dolosamente. El titular del bien jurídico aquí tutelado es la persona contra quien se dirige la falsa imputación; de acuerdo con la ley civil "son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición" y "la existencia de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre y termina con la muerte" (arts. 79, 90 y 94

C.C.). Es mayoritaria la doctrina al afirmar que "no se requiere que la persona ofendida tenga conciencia de la ofensa que se hace mediante la imputación de un hecho delictuoso o deshonoroso". Por esa razón pueden ser sujetos pasivos de estas infracciones los incapaces -menores, alienados e inconscientes-, no obstante que la víctima por su inmadurez o estado de incapacidad, no puede comprender el atentado contra su integridad moral.

De la misma manera el bien tutelado existe tanto en sujetos honrados, como en los que no lo son; así, cualesquier sujeto aunque sea depravado o presente objetivas deficiencias morales es susceptible de lesión a su honor, autoestima, honra, etc. Los difuntos no pueden ser en estricto sentido sujetos pasivos de injuria o calumnia. Estos delitos se pueden cometer contra su memoria, caso en el cual los sujetos pasivos de la infracción serán "las personas designadas por la ley como herederos de su patrimonio moral" el cual tiene innegables repercusiones en el seno familiar y social. La expresión "persona" traída por el texto legal se refiere exclusivamente al individuo de la especie humana, y no puede comprender a las llamadas "personas jurídicas", porque la injuria y la calumnia vulneran esferas como la dignidad y la autoestima, bienes que solo pueden predicarse en los individuos de la especie humana.

TEMA IX. CALUMNIA. "De conformidad con la preceptiva del artículo 314 del Código Penal, el delito de calumnia básicamente se estructura por la imputación falsa que a otro se haga de algún hecho punible. Esta atribución de determinada acción u omisión, debe tener tal condición, esto es, que no corresponda a la realidad y estar referida exclusivamente a hechos a los cuales la misma ley les ha otorgado el calificativo de punibles, que para efectos penales, son los mentados en el artículo 18 del Código Penal."

“1. La Corporación es competente para conocer de esta investigación, pues si en la actualidad el denunciado ostenta la calidad de representante a la Cámara, tal como se acreditó en autos con los documentos de rigor legal, su situación especial de ero se acomoda plenamente a las nuevas previsiones de la Carta Política sobre el particular.

“2. De otra parte, como la jurisdicción se encuentra frente a una denuncia por un presunto delito de calumnia, para cuya investigación se ha previsto

como condición de procedibilidad la formulación de querrela por parte del interesado, se concluye que también este requisito se cumple pues los cargos que al unísono lanzan contra el representante, los señores y, directores de las oficinas de la Caja Agraria en la inspección de Gaitanía-Planadas y el municipio de Planadas (Tolima), en su orden, en su condición de eventuales afectados con los hechos, han sido reiterados bajo la gravedad del juramento dentro del presente averiguatorio penal.

“3. Aclarado lo anterior, véase el concreto cargo atribuido al parlamentario : Haber afirmado por el mes de marzo de 1993, que algunas instituciones bancarias se negaban a dar cabal cumplimiento a la Ley 14 de 1993, sobre refinanciación de créditos agrarios, aprobada por el Congreso desde el 16 de diciembre de 1992 y sancionada el 5 de enero siguiente. La irregularidad, en concreto, se estructuraría a partir de la exigencia de las instituciones bancarias de cancelación de intereses, en determinados porcentajes, dirigida a lograr la refinanciación de sus créditos, cuando esta situación específica no estaba contemplada en la susomentada ley.

“4. De conformidad con la preceptiva del artículo 314 del Código Penal, el delito de calumnia, básicamente se estructura por la imputación falsa de que otro se haga de un hecho punible. Esa atribución de determinada acción u omisión, debe tener tal condición, esto es, que no corresponda a la realidad y estar referida exclusivamente a hechos a los cuales la misma ley les ha otorgado el calificativo de punibles, que para efectos penales, son los mentados en el artículo 18 del Código Penal.

“De lo anterior se tiene que, como lo ha reiterado la Colegiatura, cuando la imputación verse sobre un hecho que la ley no ha descrito como delito o contravención, o cuando ella se refiere a un comportamiento efectivamente realizado por el sujeto pasivo y subsumible en cualquier tipo delictivo o contravencional, la conducta del agente no genera responsabilidad penal por ausencia de tipicidad, ya que no se da en tales casos un pleno acomodamiento de la acción del actor en todos y cada uno de los elementos integradores de esta figura, pues el hecho imputado no es punible, o, él corresponde a uno efectivamente realizado por la persona a quien se atribuye y, por ende imputación no ha sido falsa (Providencia, abril 5 de 1991, magistrado ponente doctor Calvete Rangel) .

“5. Regresando al caso de la especie, pronto se concluye que se dio la hipótesis de atipicidad mencionadas en el acápite antes transcrito. En

efecto, la primera conclusión que se obtiene es la de que el representante no ha lanzado cargos directos contra los querellantes, pues los elementos de juicio aportados indican que se limitó a transmitir las quejas de unos campesinos del sector cafetero, inicialmente a la Comisión Tercera Económica de la Cámara para que se diera sobre el punto el respectivo debate, y luego a la Superintendencia Bancaria, pues consideró que era este organismo indicado para investigar que estaba ocurriendo en orden a que se impusieran las condignas sanciones disciplinarias si a ello había lugar.

“Basta la remisión en este contexto al contenido de la comunicación dirigida por el doctor al Superintendente Bancario, para concluir que su intención al proceder de esa manera no era otra que la exteriorizada en la diligencia de versión libre y espontánea : Colaborar en la solución del problema que le narraron campesinos del sector cafetero, haciendo conocer la situación a los entes gubernamentales competentes para ello. En esta comunicación - bueno es resaltarlo - no se indica agencia u oficina alguna de la Caja Agraria, ni se señalan los nombres de sus directores. La información es de un innegable contenido genérico puesto que incluye referencias tanto a la Caja Agraria como al Banco Cafetero en sus oficinas del Tolima y Huila como aquellas instituciones que podían estar cometiendo irregularidades en la refinanciación de los créditos referida en la Ley 34 de 1993.

“No entraña, pues, este modo de actuar una atribución o imputación directa a una persona determinada de hechos falsos y, por contrario, la actividad del parlamentario aparece precedida de corrección, al buscar en los organismos competentes la solución a los problemas de los campesinos del sector cafetero, mediante el informe de las quejas que, a su turno, le habían sido transmitidas en distintas oportunidades.

“6. De otra parte, claro surge que los hechos referidos en la no dirigida al Superintendente Bancario, que fueron luego repetidos por los medios de comunicación, realmente acontecieron como allí se precisa. Esta conclusión se obtiene sin dificultad del informe del Gerente Departamental de la Caja Agraria del Tolima, que indica que como las oficinas iniciaron el programa a partir del mes de abril de 1993, “no era posible la reestructuración del sector, ya que las oficinas no contaban con la totalidad de la reglamentación”.

“Y es que sobre este aspecto, bueno es recordar que los mismos querellantes - en una u otra forma - han explicado que a pesar de haber sido promulgada la Ley 34 de 1993, en los primeros meses de ese año no la estaban aplicando, pues esperaban órdenes de sus superiores en tanto que por cuenta propia no podían proceder a su ejecución manifestaciones que coinciden plenamente con el informe rendido por el Director Departamental de la Caja Agraria del Tolima, a que antes se hizo referencia.

“Si para el mes de marzo de 1993, el doctor informó a la Cámara de Representantes y al Superintendente Bancario que no se estaba dando aplicación a la Ley 34 de 1993 por parte de algunas entidades bancarias y que por ello los cafeteros se quejaban de las dificultades que tenían para la refinanciación de sus créditos, tales afirmaciones y las recibidas de los caficultores, eran ciertas. Esta coyuntura elimina, de contera, la posibilidad de que se trate de imputaciones falsas, que es otra de las exigencias que reclama el artículo 314 del C. Penal para la estructuración del delito-tipo de calumnia.

“La circunstancia de que los directores de las agencias de la Caja Agraria y el Banco Cafetero investigados por petición del representante, no hubieran sido sancionados disciplinariamente, no tiene la virtualidad de eliminar la existencia misma de la situación fáctica en que la queja se fundamentó, que es lo que tiene relevancia en ese momento en que se investiga si se está o no en presencia de comportamiento que amerite una investigación penal.

“7. Finalmente, es incuestionable que las afirmaciones que el representante hizo en las oportunidades que vienen de referirse, tienen relación apenas con irregularidades en la aplicación de una normatividad que beneficiaba a un sector productivo de la población, en tanto que consagraba refinanciación de sus créditos en muy favorables condiciones, pero en modo alguno entrañan la atribución o imputación a personas de verdaderos hechos punibles.

“Si a lo anterior se agrega la postura seria y reiterada del representante, al insistir que su comportamiento no estuvo precedido de ánimo de calumniar o denunciar a terceros, sino apenas de proporcionar una ayuda a los campesinos del sector agrario para la solución al problema de sus créditos en mora, poniendo de presente las irregularidades que se estaban presentando en la aplicación de la ley tantas veces referida, fuerza es

concluir que tampoco se reúne la exigencia relacionada con la atribución de un “hecho punible”, a que se hizo referencia en este acápite.

“8. Así las cosas, no apareciendo configurados los elementos compositivos del delito de calumnia, forzoso es concluir que por ausencia de tipicidad, el hecho atribuido al representante, carece de relevancia jurídica, lo que apareja el proferimiento de una decisión inhibitoria con sustento legal en el artículo 327 del C. de P.P.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez, Acta No 24, 09-03-94, Gaceta Judicial No 2469, t. CCXXX,).

COMENTARIOS

En el delito de injuria la acción se concreta en un comportamiento positivo que debe tener necesariamente manifestación externa; no es necesario que la acción se realice públicamente o llegue a un número amplio de personas, basta que se objective, es decir que adquiera entidad propia y que sea idónea para deshonorar al sujeto pasivo. Implica necesariamente dar a conocer la imputación, con el fin de que su contenido deshonoroso sea conocido por la víctima o por terceros. La imputación es la atribución al sujeto pasivo de un hecho o una acción, es incriminar o achacar. El acto incriminado no puede configurar hecho punible pues de ser falso se configuraría delito de calumnia y de ser verdadero no se configuraría infracción alguna. La imputación debe tener idoneidad para lesionar órbitas de la integridad moral con el honor, la honrra y la buena reputación, dado su carácter inmoral o degradante. Según la descripción legal no interesa que la acción imputada sea verdadera o falsa.

Por el contrartio en la calumnia la acción se concreta en la falsa atribución al sujeto pasivo de su autoría o coparticipación en un hecho punible. La falsedad del hecho punible atribuido debe serlo en la órbita subjetiva del agente y en su aspecto real u objetivo; es decir que el agente ha de saber y conocer que el sujeto pasivo no ha ejecutado el delito y este en realidad no debe haberlo realizado.

TEMA X. CALUMNIA. FALSA DENUNCIA. "El delito de calumnia conforme al artículo 314 del C. P. se consume cuando se imputa falsamente a otro la comisión de un hecho punible. En esta conducta no puede incurrirse por la vía de la solicitud que el

ciudadano dirija al órgano competente del Estado en aras de que se investigue o verifique un determinado comportamiento con aparente perfil irregular, o por medio de la denuncia oral o escrita a la autoridad correspondiente, porque ello significaría un inaceptable recorte del ejercicio del derecho fundamental de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Nacional, y freno inusitado al deber legal que tiene todo ciudadano de denunciar ante el funcionario competente los hechos que aparente o realmente llevan la impronta de la ilicitud. Si así no fuera, ningún ciudadano se aventuraría a noticiar los hechos irregulares de que tenga conocimiento por error de verse luego abocado a un proceso penal por el delito de calumnia. Las informaciones, por severas que sean, con miras a preservar las calidades morales de los funcionarios de la administración pública cuando se trata de cuestionar sus actuaciones por presunta vocación censurable ante la falta de transparencia, no constituye el delito de calumnia, por encontrarse ausente el ánimo exclusivo de causar daño al imputado. Lo que sucedería en el evento en que los hechos denunciados resultaren falsos, es que el autor afrontaría una responsabilidad penal por falsa denuncia, conducta ésta prevista en el artículo 116 del C. P."

“Es evidente que “el comunicado” a que alude el señor alcalde municipal de Valledupar, el cual se lee en el ejemplar que suministró el diario La Libertad de Barranquilla, más que una denuncia es una clara petición de dos ciudadanos, en pleno desarrollo de la campaña electoral que entonces se adelantaba en la región, con soporte en el artículo 23 de la Carta Fundamental, dirigida a un Organismo de Control del Estado, a efecto de que se vigilara el gasto de la administración municipal, al igual que el proceso de contratación administrativa del mismo a cargo de su mandatario, ingeniero

“Así mismo se aducía como “evidente” un supuesto favorecimiento del señor alcalde en torno a la candidatura de su hermano, al Senado, identificado con el número 296 en el tarjetón electoral, por la vía del “otorgamiento disfrazado de auxilios para alterar el resultado de esta confrontación democrática”, lo que en sentir de los mentores del funcionario aludido constituye conducta prohibida por el artículo 355 de la Constitución Política, como una clara intervención en política.

“El derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Carta Política de 1991, es un derecho público subjetivo de estirpe fundamental que tiene la persona para acudir ante las autoridades, o las organizaciones privadas que la ley señale, en procura de obtener pronta decisión en torno a una solicitud o queja suya, como que es una vía expedita de acceso directo a las autoridades que exige su pronunciamiento oportuno, aunque su objetivo no incluye el derecho a obtener una resolución determinada.

“Y como derecho fundamental, el derecho de petición es uno de los principales instrumentos con que cuenta el ciudadano para la efectivización de los mecanismos de la llamada democracia participativa - pluralidad ideológica -, como quiera que mediante él muchos otros derechos constitucionales se pueden hacer valer, como por ejemplo, el derecho a la información, el derecho a la participación política, el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la protección del bien común o del interés general, entre otros.

“Y si de una denuncia se tratare, el Código de Procedimiento Penal, en su artículo 25, establece *el deber legal* que le asiste a toda personal residente en Colombia, mayor de 18 años, de denunciar a la autoridad los hechos punibles de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio, como sucede con la conducta prevista en el artículo 158 del C.P. (Intervención en política).

“En fin, sea lo uno o la otra, resulta claro que el comportamiento que asumieron los denunciados, particularmente el parlamentario ..., de reclamar del Organo de Control del Estado la vigilancia del proceso del gasto público que en ese entonces se estaba desarrollando en la administración municipal de Valledupar, estuvo desprovisto del infundado y malicioso ánimo de causar daño al burgomaestre. Por el contrario, en el referido escrito se observa que la intención de los autores no era otra que el aseguramiento de la pureza del gasto público y que con tal finalidad - no otra - se acudió al órgano competente en solicitud de vigilancia de ese proceso. Es decir que más que un interés particular la información estaba encaminada a procurar la defensa del interés general, que demanda un limpio y pulcro manejo del erario público.

“Como bien se sabe, el delito de calumnia que se ha denunciado, conforme al artículo 314 del C.P. se consuma cuando se imputa falsamente a otro la comisión de un hecho punible.

“No puede hablarse de que en el escrito se hubiera hecho imputación concreta de un hecho punible, como el de intervención en política (art.158 del C.P.), porque aunque se alude a esta conducta con referencia al marco constitucional (art. 355), del documento no se infiere ninguno de los elementos materiales o normativos del tipo penal.

“En esta conducta no puede incurrirse por la vía de la solicitud que el ciudadano dirija al órgano competente del Estado en aras de que se investigue o se verifique un determinado comportamiento con aparente perfil irregular, o por medio de la denuncia oral o escrita a la autoridad correspondiente, porque ello significaría un inaceptable recorte del ejercicio del derecho fundamental de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Nacional, y freno inusitado al deber legal que tiene todo ciudadano de denunciar ante el funcionario competente los hechos que aparente o realmente llevan la impronta de la ilicitud. Si así no fuera, ningún ciudadano se aventuraría a noticiar los hechos irregulares de que tenga conocimiento por temor de verse luego avocado a un proceso penal por el delito de calumnia.

“Las informaciones, por severas que sean, con miras a preservar las calidades morales de los funcionarios de la administración pública, cuando se trata de cuestionar sus actuaciones por presunta vocación censurable ante la falta de transparencia, no constituye el delito de calumnia, por encontrarse ausente el ánimo exclusivo de causar daño al imputado.

“Lo que sucedería, en el evento de que los hechos denunciados resultaren falsos, es que el autor afrontaría una responsabilidad penal por falsa denuncia, conducta esta prevista en el artículo 116 del C.P., lo que aquí no sucedería con arreglo a lo dicho precedentemente.

“Siendo así las cosas, resulta evidente que la conducta imputada al representante a la Cámara, doctor, es a todas luces atípica. Y como este supuesto jurídico es el que reclama el artículo 327 del C. de P. Penal para que sea viable al auto inhibitorio , así se resolverá. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas, Acta No 66, 20-06-94, Gaceta Judicial No 2469, t. CCXXX, p.).

COMENTARIOS

El deber de denuncia es la base criminológica de la cual se parte para la incriminación de las conductas de falsa imputación, dentro del marco general de la obligación de todos los coasociados de colaborar con la justicia; deberes que llevan inmersa la necesidad de que el ejercicio de tales deberes debe estar enmarcado dentro de la legalidad y legitimidad. Por tanto el abuso o ejercicio ilegítimo que se pueda hacer de la posibilidad de acusar o denunciar y su realización reiterada frente a afanes de venganza, defensa o protección de intereses ilícitos, actitudes de retaliación o expresión de inconformidad frente a decisiones adversas de la autoridad judicial o administrativa, el afectado no duda en tachar tales decisiones de prevaricación, abuso de autoridad, injuria o calumnia, produciendo con tales acciones potencialidad hipotética de lesión o daño a gran variedad de bienes jurídicos entre ellos la administración de justicia.

Ante esa realidad de índole sociológica el legislador debe buscar soluciones que sin duda presentan serios problemas en su estructuración típica, ya que de una parte deben prevenir en los órdenes general y particular las situaciones de abuso reseñadas, dada la importancia del bien jurídico prevalente en forma previa a su efectiva lesión o daño; pero al mismo tiempo las acciones tipificadas no pueden significar amordazamiento o límites injustificados a la libertad de expresión e información a la autoridad o cohartamiento por temor del ejercicio y cumplimiento del deber general de denuncia; es decir el régimen penal no puede cerrar las puertas o infundir temores injustificados para la presentación de denuncias legítimas, de hechos delictivos realmente existentes. De esta forma la norma penal debe generar prevención general y particular para quienes puedan llegar a tener la idea criminosa y no puede suponer tampoco una zona permisiva donde quepan la falsedad, el insulto, la narración de hechos sin fundamento o las descalificaciones absolutas e incondicionadas. Esta la perspectiva criminológica a tener en cuenta para la redacción de los modelos típicos de falsa imputación. .

Como características esenciales de la denuncia se citan que el denunciante debe estar plenamente identificado y con esto se la diferencia del anónimo que constituye un simple acto de delación, ha de ser pura y simple, es decir no tiene especiales o específicos requisitos de forma en oposición a la querrela y en tercer lugar que en su contenido debe manifestar

inequívocamente que los hechos denunciados constituyen presunto hecho punible, esta última característica representa elemento de contención dentro del marco social en que se ha de generar el acto. La denuncia como institución procesal procede para los hechos punibles perseguibles por la autoridad judicial oficiosamente. Normativamente se erige en deber legal para todo habitante de territorio colombiano, mayor de dieciocho años, con relación a "los hechos punibles de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio".

Requisito fundamental de la denuncia es que debe ser presentada bajo juramento que, en caso de ser escrita, se entenderá prestado con la simple presentación de la misma. Si la denuncia se presenta en forma verbal deberá procederse previamente a la toma del juramento.

El tipo de falsa denuncia configura la llamada simulación de delito verbal y directa. La utilización del verbo denunciar genera a un mismo tiempo la incorporación del mismo como elemento normativo de carácter jurídico pues para determinar su alcance es necesario acudir a la normatividad procesal penal que impone el deber de denunciar ya enunciado e instituye los requisitos que debe llenar el acto para que pueda ser considerado denuncia en sentido formal estricto.

Así, deberá ser realizada bajo juramento, puede ser verbal o escrita, en ella se indicará el día y la hora de su presentación y debe contener una relación detallada de los hechos que conoce el denunciante. Igualmente este deberá señalar si le consta que los mismos hechos ya han sido puestos en conocimiento de otro funcionario.

Elemento implícito esencial de la acción descrita es que la denuncia no se dirige contra nadie, en ella no se hace imputación concreta; de esta forma del contenido mismo del acto se debe concluir que en ella no se alguna mención sobre autores o partícipes determinados o determinables. Consideramos que la mención de personas, aunque sin plena y total identidad e identificación, sino mediante referencias o indicadores que hacen posible su determinación excluye la tipicidad frente a la falsa denuncia tipo, debiéndose proceder a adecuar el comportamiento a la descripción de la falsa denuncia contra persona determinada.

TEMA XI. INJURIA. "Si dentro de la misma Constitución se incentivan mecanismos de participación ciudadana, no

limitados a la sola selección de gobernantes mediante el voto popular, sino extensivos a la definición de obras y en particular a la exigencia de responsabilidades da los funcionarios de representación popular que incumplan sus promesas preelectorales, mucho menos reprochable se muestra una actividad crítica a la gestión del alcalde (responsable ante la Constitución y ante la ley tanto política, administrativa y hasta penalmente como cualquier otro funcionario), si en ella no se emplean términos denigrantes u ofensivos de su patrimonio moral."

“Por tratarse en el caso de la injuria de una infracción solo perseguible mediante solicitud de la parte ofendida, se ocupará la Corte con exclusividad del análisis de las imputaciones denunciadas, en este caso las relacionadas con la ampliación de la vía Batallón-Puente la Libertad de Manizales, dado que por expresa voluntad del querellante se trata de las únicas atentatorias contra su patrimonio moral, lo que equivale a marginar lo atinente a la negociación entre el Banco Central Hipotecario y el Municipio sobre un terreno destinado a la construcción de la sede de la Alcaldía, pues al decir del propio doctor Cardona, allí “ no se toca mi integridad personal de ciudadano y de hombre público”.

“Sobre la afirmación del querellado relacionada con la forma de ejecución de las obras en la vía Batallón-Puente La Libertad, autorizadas por la Alcaldía , sábase de su veracidad por el dicho del burgomaestre, al admitir que ellas no se proyectaron por el sistema de valorización sino con la coordinación y apoyo de los industriales del sector quienes se comprometían a financiarlas mediante un préstamo de trescientos millones de pesos que mereció su trámite de aprobación ante del Concejo, por comprometer el endeudamiento del Municipio.

“Tampoco resultó inveraz la razón que dio el imputado al afirmar públicamente que no se hizo utilización del sistema de valoración “para evitar que el derrame afectara los intereses de algunos amigos suyos” - refiriéndose al Alcalde -, pues tanto los industriales del sector como los dueños de predios aledaños y los habitantes de los barrios “ La Enea” y “Lusitania” terminarían recibiendo los beneficios de las obras realizadas, entre ellos el incremento patrimonial derivado del notable mejoramiento de la vía de acceso, sin tener que compartir con el Municipio los costos de construcción, como sí sucedería de haberse aplicado el sistema de

valorización, ya que los dineros aportados por los primeramente nombrados tenían el carácter de préstamo que el Municipio estaba en el deber de reembolsar.

“Por lo demás, si ulteriormente se acudió al sistema de valorización, ello no ocurrió porque éste formara parte del proyecto inicial, sino porque la financiación mediante el crédito prometido por los industriales se cumplió tan solo en parte como se infiere de los comentarios del querellante en su ampliación dicen haber iniciado el estudio de factibilidad.

“La intervención de la Alcaldía en el mejoramiento de la vía constituía además un hecho ampliamente conocido por tratarse de una obra pública de beneficio comunitario, y particularmente de la incumbencia de personas que, como en el caso del querellado, tenían la representación de esa colectividad por haber obtenido el favor del voto popular, motivo que impide exigir la indiferencia del aforado, o tener su cuestionamiento público a manera de indebida intromisión, pero mucho menos otorgarle a esas críticas la trascendencia de agravio o de imputación deshonrosa, pues del texto divulgado ninguna conclusión en tal sentido emerge, como que el sentido crítico de las expresiones conocidas apunta a censurar un manejo administrativo por involucrar dinero públicos (así fuese mediante el mecanismo de obtención de créditos) en la construcción de una obra de especial beneficio privado, que bien había podido financiarse con el aporte de los particulares.

“De tales antecedentes se descubre que la información del parlamentario, pese a su contenido crítico no alcanza connotaciones injuriosas, pues tan amigos del Alcalde podían considerarse los industriales aledaños a la vía, como en particular a los habitantes de los barrios populares “La Enea” y “Lusitania” a quienes, según la expresa manifestación del doctor, se quiso definitivamente excluir del plan de valorización por razones de índole económica y social, lo que de modo ninguno podría interpretarse como imputación de comportamiento indebido, abusivo o desleal con los deberes funcionales, dentro de los cales estaba para el Alcalde el de proteger y promover a los sectores sociales deprimidos y marginados (artículo 13 de la Carta Política) .

“Es más. Si dentro de la misma Constitución se incentivan mecanismos de participación ciudadana, no limitados a la sola selección de los gobernantes mediante el voto popular, sino extensivos a la definición de obras y en

particular a la exigencia de responsabilidades a los funcionario de representación popular a la exigencia de responsabilidades a los funcionarios de representación popular que incumplan sus promesas preelectorales, mucho menos reprochable se muestra una actividad crítica a la gestión del alcalde (responsable ante la Constitución y ante la ley tanto política, administrativa y hasta penalmente como cualquier otro funcionario), si en ella no se emplean términos denigrantes u ofensivos de su patrimonio moral.

“Dentro de esa perspectiva, ningún hecho reprochable asoma en la intervención pública del aforado en su voluntad de alertar al conglomerado local sobre la forma - a su juicio desacertada o censurable como se ejecutaban las obras públicas de Manizales -, porque en esa labor no asoma siquiera una ofensa a la verdad de lo ocurrido, ni la imputación de agravios o descalificación social del funcionario a quien se dirigen, persona que, por lo demás, cuenta con medios idóneos para intentar, si ese era su deseo, la aclaración o divulgación de sus propias determinaciones administrativas y planes de trabajo.

“La atipicidad de la conducta querellada que de este modo se descubre, constituye causa suficiente para inhibir la apertura de instrucción penal en contra del aforado, según así lo dispone el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal, sentido en el cual operará el pronunciamiento de la Sala. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente : Dr. Juan Manuel Torres Fresneda, Acta No 143, 14-12-94, Gaceta Judicial No 2472, t. CCXXXIII, p. 720).

COMENTARIOS

El proceso de adecuación típica también puede concluir de manera negativa es decir, el comportamiento sometido a examen, que ha caído bajo la comprensión jurisdiccional no se subsume en tipo penal alguno.

En tal evento general por reprochable, malvado o inmoral que parezca el referido comportamiento no puede ser objeto de investigación y juzgamiento penal y por tanto su autor no podrá quedar sujeto a sanción alguna. En el momento en que aparezca, con el grado de certeza requerido, debidamente establecida esta conclusión del proceso de adecuación, se interrumpe o frustra la derivación punible del hecho siendo

imposible realizar los juicios de antijuridicidad y culpabilidad del mismo ; ante lo cual se dice que el hecho no es punible por falta de tipicidad.

Como concepto negativo la atipicidad se define en cuanto un determinado comportamiento humano no presenta adecuación típica directa o indirecta a un determinado tipo penal. El hecho no reúne la integralidad de los elementos constituidos del tipo, pero tampoco, realizados los traslados sucesivos del mismo a las instituciones generales de extensión y la conservante referencia al tipo seleccionado, encuentra incriminación posible a título de tentativa o coparticipación.

En este sentido, afirmar la atipicidad se considera más se considera más eficaz que comprobar la justificación ; se dice que la conducta es “ya” atípica, por el contrario que está “sólo” justificada, pero es típica. La atipicidad será según esto prioritaria o más importante que la justificación, no sólo porque la precede lógicamente, sino porque en materia de error la creencia errónea de que se da la situación de una circunstancia de atipicidad es sin duda un error de tipo excluyente en todo caso del dolo, mientras que el error sobre (la concurrencia de) causas de justificación es más problemático, ya que se discute si debe tratarse como error de tipo o sólo como error de prohibición, menos beneficioso ; e incluso procesalmente cabe sostener que en caso de atipicidad es posible no iniciar o interrumpir el procedimiento, sin tener que comprobar en el juicio si concurre o no una circunstancia justificante.

TEMA XI. INJURIA Y CALUMNIA. “La injuria consiste en hacer imputaciones deshonorosas a otras personas. La calumnia consiste en imputar falsamente un hecho punible.”

“1º. La calidad de Contralor General de la Nación del querellado se halla demostrada de acuerdo con la ley.

“2º. Del reportaje se han transcrito los apartes estimados por quienes se consideran perjudicados, como los contentivos de los delitos de injuria y calumnia.

“3º. Las opiniones lanzadas por el Contralor ..., unas han de considerarse como integrantes de su programa de funcionario recientemente elegido y posesionados y otras como tales, es decir, simplemente opiniones. De unas y otras no se deducen imputaciones deshonorosas contra las doce personas

que ratificaron la querrela, y mucho menos la imputación falsa de un hecho punible respecto de alguno, algunos o todos los ratificados porque no menciona a ninguno de estos por su nombre o cargo por el cual pudiera hacerse una identificación. Es evidente que tanto los apartes destacados como el cuerpo total de las declaraciones corresponden o a parte de su anunciado programa de fiscalizador o a conceptos críticos de un comportamiento censurado de la burocracia colombiana, auscultando a su manera, algunas de sus causas y proponiendo soluciones, declaraciones que podrán ser o no compartidas y generar susceptibilidades, malestar e incomodidad a determinadas personas, sectores de la burocracia o de opinión pero nunca constituir delito.

“DELITO DE INJURIA. Legalmente consiste en hacer imputaciones deshonorosas a otra persona. Lo deshonoroso significa “dañar o menoscabar” ; “atribuir falsa y maliciosamente a alguno, palabras, actos o intenciones deshonorosas” (Diccionario de la Real Academia Española).

“Para que el delito es preciso que sean determinados tanto la persona como el acto deshonoroso. Así lo entendió el Código de Hammurabi : “Si alguien levanta el dedo (20) contra una sacerdotisa o contra la mujer ajena y no justifica su acto, será llevado ante los jueces y se le marcará la frente” (art. 127).

“En el Fuero Juzgo Libro de los Jueces tuvo igual alcance :

“Si algún omne dice a otro circuncido, o sennalado, eno lo fuere, el qui lo denostó reciba C. é L . azotes ante iuez”.

“Quien lama á otro corcobado, é non lo es, el qui lo denostó reciba C. é L. azotes ante iuez”. (Titulo III, de los denvestos y de las palabras ydiosas) .

“La tradición legislativa en Colombia siempre ha exigido que sean determinados no solamente la persona sino el hecho, valga decir, que a persona conocida o fácilmente identificable se le impute el hecho deshonoroso. Y en virtud del Decreto 100 de 1980 se precisó con más propiedad la estructura del delito, aunque ha de reconocerse que la expresión “ imputaciones deshonorosas” no corresponde a una de evidente objetividad, al permitir que una persona censurada, por ejemplo en su gestión de funcionario público, subjetivamente se considere víctima de esa clase de imputación, aunque una significativa mayoría de la colectividad la

apruebe. Se hace menester fijar las condiciones en las cuales pueda, independientemente del concepto particular y de la supuesta lesión de la propia estima, darse el delito.

“La libre crítica, sea pro ciudadanos con o sin empleo, censurando en forma global los reales o presuntos vicios o inmoralidades de algún sector de la burocracia o de toda ella, presentando sus causas y posibles soluciones, describe el inalienable e irrenunciable derecho a opinar de todo ciudadano colombiano.

“Desde el siglo pasado la corte ha sostenido este criterio y en tal virtud ha dicho :

“Si todo concepto mortificante o displicente para el amor propio, pero que no envuelve la afirmación de un hecho inequívoco, verdaderamente lesivo de la honra, fuera admitido a una acusación de injuria para ser castigado conforme al Código Penal, habría de suponer que el legislador había tenido la pretensión de darle a la sociedad civil y política la austeridad de un claustro, lo cual es inadmisibile ; eso sería privar a esa misma sociedad de cierto grado de virilidad inseparable de su existencia ; todas esas ofensas, mortificaciones a que el hombre esta sujeto en la vida civil, salen del dominio del Código Penal para caer en el de la opinión” (Autos 7 y 29 de marzo de 1894, IX, 240 y 272).

“Para que el delito de injuria se estructure se requiere :

1. “Que una persona impute a otra conocida o determinable un hecho deshonoroso.
2. “Que el imputador tenga conocimiento del carácter deshonoroso de ese hecho.
- “3. Que el carácter deshonoroso del hecho imputado dañe o menoscabe la honra de aquella persona.

“Que el imputador tenga conciencia de que el hecho atribuido tienen esa capacidad de dañar o menoscabar la honra de la persona.

“En el caso sometido a estudio, ninguno de los precedentes requisitos se dan, de lo cual se desprende que no resultan atendibles los reclamos, por vía penal. La Corte no abrirá investigación por este cargo ;

“DELITO DE CALUMNIA. Legalmente consiste en imputar falsamente a otro de un hecho punible. Académicamente, “acusación falsa, hecha maliciosamente para causar daño” ; “imputación falsa de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio” .

“El estatuto represor actual tipificó en forma concreta su naturaleza, dejando de lado las peligrosas ambigüedades. De su descripción legal se colige que los elementos que estructuran este delito, son :

“1. La atribución de un hecho delictuoso a persona determinada o determinable.

“2. Que el hecho delictuoso atribuido sea falso.

“3. Que el autor tenga conocimiento de esa falsedad .

“4. Que el autor tenga la voluntad y conciencia de efectuar la imputación.

“En la intervención del Contralor no se encuentra ninguno de estos elementos por lo cual es procedente afirmar que los hechos no son constitutivos del delito de calumnia. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Fabio Calderón Botero, Acta No. 82, 29-09-83, Gaceta Judicial No. 2412, t. CLXXIII, p.533).

COMENTARIOS

El titular del bien jurídico tutelado en los delitos contra la integridad moral es la persona contra quien se dirige la falsa imputación; de acuerdo con la ley civil "son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición" y "la existencia de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre y termina con la muerte" (arts. 79, 90 y 94 C.C.). Pueden ser sujetos pasivos de estas infracciones los incapaces -menores, alienados e inconscientes-, no obstante que la víctima por su inmadurez o estado de incapacidad, no puede comprender el atentado contra su integridad moral. De la misma manera el bien tutelado existe tanto en sujetos

honrados, como en los que no lo son; así, cualesquier sujeto aunque sea depravado o presente objetivas deficiencias morales es susceptible de lesión a su honor, autoestima, honra, etc.

Los difuntos no pueden ser en estricto sentido sujetos pasivos de injuria o calumnia. Estos delitos se pueden cometer contra su memoria, caso en el cual los sujetos pasivos de la infracción serán "las personas designadas por la ley como herederos de su patrimonio moral" el cual tiene innegables repercusiones en el seno familiar y social. La expresión "persona" traída por el texto legal se refiere exclusivamente al individuo de la especie humana, y no puede comprender a las llamadas "personas jurídicas", porque la injuria y la calumnia vulneran esferas como la dignidad y la autoestima, bienes que solo pueden predicarse en los individuos de la especie humana.

TEMA XII. PREVARICATO. INJURIA. “Para concluir que el funcionario ha cometido delito de Prevaricato, no basta que la decisión a la que llegó, luego de realizar algunas interferencias, haya resultado equivocada”.

“Tal como se precisó, la denuncia se contrae a que el doctor ..., juez Quinto de Instrucción Criminal de Cartagena para la época de los hechos, incurrió en los presuntos delitos de prevaricato por acción, abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, abuso de autoridad por omisión de denuncia y falsedad ideológica en documento público.

“En este orden de imputaciones tenemos :

“1º. Emerge de las pruebas recaudadas por la investigación que el Juez acusado mediante auto del 15 de febrero de 1989, revocó la cesación de procedimiento proferida por el juzgado Promiscuo Penal Municipal de Cartagena, por estimar que el momento consumativo del delito de injuria es aquel “ en que el sujeto hace la imputación falsa y esta puede hacerse por medio idóneos para la divulgación del pensamiento, siendo uno de estos la edición de un libro cuya publicidad y distribución se pone al alcance de innumerables personas su contenido”. Entendió el funcionario que en cada ocasión en que se vende un ejemplar del libro se agota el tipo penal del art. 313 del C.P. y desde ese momento debe computarse el transcurso del término para estimar la caducidad de la querrela. Con base en esta tesis, consideró que por haberse vendido algunos libros 14 días, 2 y 3 meses antes

de la querrela, no se había operado el fenómeno de la caducidad y por ende era viable iniciar el proceso penal, por cuanto la actuación injuriosa del sindicado no cesó con la sola publicación sino que al parecer ha permanecido en el tiempo con la intervención del autor para que permanezca el libro en venta, manteniendo en todos sus efectos la vulneración del interés jurídico de la integridad moral de la víctima.

“Como quiera que la discrepancia se circunscribe al momento consumativo del delito de injuria cuando se realiza a través de publicaciones, para precisar, a partir de cuando se debe iniciar el cómputo del término de caducidad de la querrela, la Sala estima conveniente referirse previamente a tal aspecto.

“ ... La Corte ha sostenido que estos delitos se consuman de manera instantánea en el sitio en que la especie calumniosa e injuriosa se hace pública, porque es allí donde se ataca la integridad moral del querellante....
“ (Auto diciembre 3 de 1980 que reiteró providencia de diciembre 4 de 1978).

“Frente a tales precisiones, se concluye que el hecho punible se consuma en un solo acto, que para el caso concreto no es otro que aquél en que la especie injuriosa se hace pública, es decir, cuando se difunde o se divulga, porque es en ese momento cuando se pone en peligro en bien jurídico tutelado.

“La situación de quien hace la imputación deshonrosa a través de un escrito es distinta de la de quien posteriormente utiliza ese documento para de manera dolosa, lesionar la integridad moral de alguna persona. Para el primero, la conducta delictiva se perfecciona cuando hace conocer el escrito que contiene la imputación calumniosa o injuriosa, sin que importe para esos efectos cuántos ejemplares divulgue a cuántas personas llegue la información y el momento en que cada una se entere. Para el segundo, incurrirá en delito cada vez que con el propósito inequívoco de injuriar o calumniar utilice uno o varios ejemplares, bien sea vendiéndolos, obsequiándolos, etc.

“Al distribuidor o expendedor de libros o cualquier otro tipo de publicación, que eventualmente contenga un atentado contra la honra de alguien no se le puede responsabilizar por la conducta del autor, ni de sus ventas

depende el perfeccionamiento del delito o la oportunidad para presentar la querrela.

“Así las cosas, resulta imperativo concluir, que la providencia del Juez denunciado, en la cual considera que la querrela no ha caducado porque el autor del libro comete delito cada vez que se vende un tomo, resulta a todas luces equivocada, pues no hay duda de la falta de claridad jurídica del funcionario sobre los puntos referidos.

“Sin embargo, no es posible condicionar la presunta ilicitud del funcionario acusado, a la posición substancialmente distinta que ha adoptado la Sala sobre el memento consumativo de la injuria, como lo pretende el impugnante, puesto que para concluir que este ha cometido el delito de prevaricato, no basta que la decisión final a la que llegó luego de realizar algunas inferencias haya resultado equivocada, ya que el punto es susceptible de controversia jurídica y en consecuencia admite interpretaciones de diversa índole, como ocurre en la práctica judicial del país, aspecto que no se puede desconocer para deducirle responsabilidad penal al funcionario, que se muestra totalmente convencido de su tesis, tal como lo ha expresado reiteradamente en sus distintas intervenciones procesales, lo que permite concluir que no obró dolosamente, pues su intención no fue violar ostensiblemente la ley, sino proponer una solución alternativa, aunque errada.

“Considera la Sala acertados los argumentos planteados tanto por la instancia, como por el Colaborador Fiscal, para llegar a la conclusión evidente de que no existe en todo lo anterior conducta punitiva, pues en verdad la Corte en abundante jurisprudencia ha fijado su posición frente a los errores interpretativos de los jueces, en el sentido de que estos, “no incurrn en el delito de prevaricato por el solo hecho de apartarse de los puntos de vista mayoritarios con respecto a una situación debatida, siempre y cuando el fallado fije su criterio con ánimo de aplicar rectamente las disposiciones legales, porque en atención al carácter personal y por tanto subjetivo de la tarea hermenéutica , es fácilmente comprensible que con respecto a un mismo asunto, puedan darse soluciones diversas, bien porque se tomen distinta fuentes hermenéuticas o bien porque se difiera en el método interpretativo que se escoge”.

“En consecuencia, la determinación del Tribunal tiene fundamento legal cuando sostiene que la decisión del funcionario denunciado, por no ser

manifiestamente ilegal, el comportamiento endilgado resulta atípico frente al prevaricato por acción consagrado en el artículo 149 del Código Penal.

“2º. En lo atinente al punible de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, que el denunciante radica en una agresión verbal de la que dice haber sido objeto, como acertadamente lo sostiene el Tribunal a-quo, y lo considera el señor Procurador Delegado, de haber existido tal agresión, no constituye un acto cometido en ejercicio de sus funciones o excediéndose en ellas, por lo cual su conducta no es constitutiva de tal hecho punible. El apoderado de la parte civil, limita su alegación al problema del prevaricato por acción, antes analizado, lo que permite inferir que no tiene objeción sobre este punto, ni sobre los que se decidirán a continuación.

“3º. Respecto de la imputación por el delito de abuso de autoridad por omisión de denuncia, las consideraciones del Tribunal, que comparte el Ministerio Público, resultan igualmente acertadas, pues es evidente que el doctor estimó que el comportamiento de su inferior jerárquico no era ilícito, sino equivocado, razón por la cual no estaba obligado a denuncia un hecho que en su criterio no era constitutivo de delito alguno.

“4º. La Sala, comparte igualmente los argumentos del Tribunal frente a la falsedad documental que el denunciante le endilga al Juez acusado. En primer término resulta aceptable que se trata de un error de apreciación como consecuencia del gran número de anexos repetidos, que obraban en el expediente. En segundo lugar es evidente que la afirmación consignada en el proveído cuestionado, no podía variar el resultado de recurso de apelación, puesto que para establecer la existencia de la caducidad de la querrela, era indiferente que al doctor Piedrahita se le hubiera puesto o no a reconocer los referidos anexos, prueba que podía tener incidencia en cuanto a la investigación del delito de injuria de que se le acusaba, pero no en la decisión del asunto sometido al conocimiento de *ad-quem*.

“Finalmente, no habiéndose probado el dolo en la conducta del juez lo lógico es reconocerle la buena fe que aduce en las explicaciones que sunistró en el curso de la investigación.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel, Acta No. 19, 19-02-92, Gaceta Judicial No. 2468, t. CCXIX, p. 229).

COMENTARIOS

El tipo de prevaricato se perfecciona con la firma, suscripción o consolidación formal del acto. La acción es de conducta instantánea en cuanto el comienzo de los actos ejecutivos marca la consumación del delito, por ello no admite la modalidad tentada. Los proyectos de actos o resoluciones manifiestamente contrarios a la ley no pueden incriminarse a título de tentativa ni mucho menos de delito consumado; mucho menos si ellos son proyectados por sustanciadores o ponentes. Creemos que estas acciones están dentro del marco de los actos preparatorios penalmente irrelevantes; quien proyecta no profiere el acto en sentido jurídico-formal estricto, por tanto se estaría incriminando en la modalidad tentada a un sujeto sin idoneidad para ser sujeto activo de este delito.

La acción de prevaricación se orienta sobre una resolución o dictamen que profiere el agente y que tiene la característica de ser manifiestamente ilegal. El término "resolución" se ha de entender en sentido amplio, como decisión, manifestación de voluntad, determinación con relevancia jurídica, que hace el agente con ocasión del ejercicio de su cargo o funciones, y que expide con el lleno de las formalidades legales; comprende entonces todos los actos administrativos -verbales o escritos-, los decretos, las resoluciones administrativas, las providencias, autos y sentencias emitidos por cualquier servidor público. Los únicos actos no incluidos en la norma son los actos legislativos y las leyes, de los cuales es imposible predicar su manifiesta ilegalidad. "En cualquier acto funcional con poder resolutorio, puede prevaricarse".

El dictamen es el juicio, opinión o concepto, que se emiten dentro del proceso judicial como medio probatorio de innegable valor, pero que por la ola de inmoralidad que ha invadido nuestra justicia, se ha tornado en la más peligrosa fuente de fraude y colusión. En la actividad propiamente administrativa la rendición de dictámenes es frecuente por parte de empleados que ejercen funciones de asesoría técnica y jurídica.

ANÁLISIS LEGISLATIVO

LOS DELITOS DE PROXENETISMO EN EL CÓDIGO DE 2000

Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra.

Del proxenetismo

CÓDIGO DE 2000. ARTICULO 213. *Inducción a la prostitución.* El que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, induzca al comercio carnal o a la prostitución a otra persona, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años y multa de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

NORMA ANTERIOR. Art. 308.- *Inducción a la prostitución.* (Subrogado art. 90. L. 360/97) El que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, induzca al comercio carnal o a la prostitución a otra persona, estará sujeta a la pena de dos (2) a cuatro(4) años de prisión y multa equivalente a multiplicar por una cantidad de cincuenta (50) a quinientos (500) el valor del salario mínimo legal mensual vigente.

COMENTARIOS

El presente tipo de mera conducta, peligro, conducta instantánea y mono-ofensivo, permanece inalterado, con la única salvedad de la acertada enmienda a la reducción de la pena pecuniaria que en la Ley 360 de 1997, hacía referencia a la multiplicación de una unidad de multa, que si bien poseía los mismos efectos de la nueva norma, por lo menos le restaba claridad al realizar un giro idiomático propio de otras latitudes.

El sujeto pasivo continua siendo indeterminado. Hombre o mujer sin ninguna cualificación especial. La norma de 1980 exigía que el sujeto pasivo fuese de vida honesta, elemento ambiguo y subjetivo que con razón fue erradicado por nuestro legislador. El verbo determinante es simple: inducir.

La conducta se concreta en persuadir, convencer o atraer, decidir, seducir, fascinar o tentar idónea y eficazmente al sujeto pasivo, para que este se inicie en prácticas del mercado sexual o prostitución.

La Ley 360 de 1997 estableció el tope punitivo entre dos y cuatro años de prisión, introduciendo la pena de multa como sanción principal; el Código de 1980 la fijaba en privación de la libertad entre uno y tres años,

mientras el nuevo Estatuto milagrosamente conservó aquellos topes de punición.

CÓDIGO DE 2000. ARTICULO 214. *Constreñimiento a la prostitución.* El que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, constriña a cualquier persona al comercio carnal o a la prostitución, incurrirá en prisión de cinco (5) a nueve (9) años y multa de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

NORMA ANTERIOR. Art. 309.- *Constreñimiento a la prostitución.* (Subrogado art. 10 L. 360/97) El que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, constriña a cualquier persona al comercio carnal o a la prostitución, incurrirá en prisión de tres (3) a nueve (9) años y multa equivalente a multiplicar por una cantidad de cincuenta (50) a quinientos (500) el valor del salario mínimo legal mensual vigente.

Si el constreñimiento se ejerce sobre menor de dieciocho (18) años, la pena se aumentará en una tercera parte..

COMENTARIOS

El tipo se mantiene como de mera conducta en cuanto no requiere que el resultado pretendido (ejercicio de la prostitución por parte del sujeto pasivo), se produzca efectivamente para su configuración. La norma originaria de 1980 también incluía la exigencia de honestidad en la vida sexual del sujeto pasivo, expresión suprimida con razón por las dos sucesivas reformas que ha precedido al presente título en el lapso de tres años. El verbo determinador es simple, constreñir, obligar, coaccionar al sujeto pasivo para que realice acto de comercio carnal o se inicie en la prostitución; el verbo rector lleva implícita la violencia física o moral en la realización del hecho.

Los topes punitivos fueron modificados por la Ley 360 de 1997 de entre dos y siete años de prisión a entre tres a nueve años de la misma especie punitiva, introduciéndose la multa como segunda sanción principal; reforma conservada integralmente por el nuevo Estatuto. Finalmente, el nuevo precepto traslada con total acierto la agravante específica que contiene el subrogado artículo 307 C.P. de 1980, para el caso en el que el sujeto pasivo del constreñimiento sea menor de 18 años, que sin lugar a dudas posee los mismos fundamentos criminológicos en relación con las

conductas proxenetas de inducción a la prostitución y trata de personas, con la drástica variación de brindar protección especial únicamente al menor de 14 años, límite de orden naturalístico que, como en otras oportunidades lo hemos reiterado, excluye cualquier factor diverso de valoración, como el grado de socialización del sujeto, su madurez psicológica, emocional y sexual, complementado mediante topes flexibles de edad, aspectos que deberían haber sido objeto de una reforma técnica, que realmente hubiese modernizado la estructura punitiva de nuestro Ordenamiento.

CÓDIGO DE 2000. ARTICULO 215. *Trata de personas.* El que promueva, induzca, constriña o facilite la entrada o salida del país de una persona para que ejerza la prostitución, incurrirá en prisión de cuatro (4) a seis (6) años y multa de setenta y cinco (75) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

NORMA ANTERIOR. Art. 311.- *Trata de personas.* (Subrogado art. 11 L. 360/97) El que promueva, induzca, constriña o facilite la entrada o salida del país de una persona, para que ejerza la prostitución, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa equivalente a multiplicar por una cantidad de setenta y cinco (75) a setecientos cincuenta el valor del salario mínimo legal mensual vigente.

COMENTARIOS

El tipo de mera conducta, peligro, ejecución instantánea y mono-ofensivo, permanece en un todo inalterado. También se desaprovechó el proceso reformativo para tener en cuenta las voces doctrinales que pedían una reestructuración de esta forma delictual; en varias ocasiones hemos señalado que las acciones de promoción y favorecimiento atacan en muy diverso grado el bien objeto de protección en relación con el constreñimiento y la inducción, lo cual obviamente debe generar diversa punibilidad; en otras palabras los actos de simple favorecimiento, no pueden racionalmente ser equiparados al constreñimiento y la inducción.

El sujeto pasivo sigue siendo indeterminado, hombre o mujer sin ninguna calificación especial. La norma original de 1980 exigía que fuese mujer mayor o menor de edad u hombre menor de edad, calificaciones eliminadas por la legislación de 1997 justificadamente, que también con acuerdo no reforma el nuevo Estatuto.

La conducta realizada por el agente debe tener como finalidad, que el sujeto pasivo ejerza actividades sexuales por precio, de manera habitual y con un número indeterminado de personas. Por este aspecto, inconcebiblemente continúan por fuera de la esfera punitiva las conductas realizadas con el propósito específico de que el sujeto pasivo ejerza el comercio sexual en ámbitos diversos a la prostitución, como puede ser la actividad pornográfica o el exhibicionismo, que, sin duda, poseen el mismo fundamento de incriminación, haciendo referencia directa al bien objeto de protección y atendiendo el propio contenido que contemporáneamente han asumido dichas actividades.

En la nueva Ley 360 de 1997 se introduce la pena principal de multa dejando idénticos los topes punitivos de privación de la libertad, estructura sancionatoria reiterada integralmente por el Código de 2000, con una redacción más precisa de aquella.

CÓDIGO DE 2000. ARTICULO 216. *Circunstancias de agravación punitiva.* Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta:

1. Se realizare en persona menor de catorce (14) años.
2. Se realizare con el fin de llevar la víctima al extranjero.
3. El responsable sea integrante de la familia de la víctima.

NORMA ANTERIOR. Art. 310.- *Circunstancias de agravación punitiva.* La pena para los delitos descritos en los artículos anteriores se aumentará de la tercera parte a la mitad, en los casos siguientes:

- 1.) Si el delito se realizare en persona menor de catorce años.
- 2.) En la hipótesis prevista en el número 3° del artículo 306.
- 3.) Si la conducta se realizare con el fin de llevar la víctima al extranjero.

COMENTARIOS

Reiteramos la critica realizada a los artículos anteriores en relación con la inconveniencia de fijar, en estos géneros delictuales, parámetros inflexibles de edad, sin tener en cuenta elementos y factores de índole sociológica y de sicología que pueden determinar de manera objetiva los niveles de madurez emocional y sexual del sujeto pasivo, en el momento de

la perpetración del hecho y que sin duda son el fundamento último de protección.

Como ya lo advertimos, las circunstancias de agravación comprenden en el nuevo Estatuto la inducción, el constreñimiento a la prostitución y la trata de personas, mientras en la preceptiva proveniente de 1997 ésta última conducta no presentaba modalidades específicas de agravación; la modificación es acertada en cuanto las tres acciones básicas no poseen cualificación de los agentes ni complementos descriptivos y, para todas es igualmente razonable la agravante si tales elementos se presentan en la traza fáctica.

No obstante, aclaramos que el propósito de llevar a la víctima al extranjero hace parte estructural del tipo de trata de personas: promover, inducir, constreñir o facilitar “la entrada o salida del país”, con lo que, obviamente, frente a tal comportamiento, tal circunstancia no podrá ser derivada como causal de agravación, sin flagrante violencia al principio non bis in idem.

Se introduce agravación para el agente integrante de la familia de la víctima; disposición francamente inconveniente y antitécnica, pues en primer término la causal proporciona a estos géneros delictuales una naturaleza pluriofensiva que por si mismos no poseen, los ataques al bien jurídico de la familia son autónomamente incriminados por el título VI del nuevo Estatuto; la observación es de trascendencia en atención a que la introducción de la circunstancia agravante hará desvanecer múltiples hipótesis concursales de naturaleza heterogénea; técnicamente, si de las acciones efectivamente realizadas atentatorias del bien jurídico de la libertad sexual, se derivan ataques a bienes jurídicos diversos como podrían ser la vida, la integridad, el patrimonio, la familia, la seguridad pública, etc.; el tratamiento dogmático adecuado debe realizarse mediante el dispositivo amplificador del concurso de delitos y no mediante la enunciación casuística de sendas circunstancias agravantes; sin duda la inducción, el constreñimiento a la prostitución al igual que las acciones descritas bajo el rótulo de trata de personas, pueden configurar los delitos de violencia intrafamiliar y maltrato (arts. 229 y 230 C.P. 2000) en concurso simultáneo y heterogéneo, que no podrá estructurarse ya que el nexo familiar ya es considerado como fuente de agravación. En estricta técnica, una circunstancia agravante específica debe estar en directa relación con la conducta básica, cualificándola o determinándola, sin que

por esta vía sea admisible la duplicación de incriminaciones de eventuales lesiones a bienes jurídicos diversos ya considerados de manera autónoma e independiente por el Estatuto; estos procederes legislativos generan graves riesgos de interpretación y extensas discusiones doctrinales y jurisprudenciales, del todo innecesarias.

En segundo lugar, la agravante diseñada exige que el “responsable sea integrante de la familia de la víctima”, expresión amplísima y por tanto del todo imprecisa, pues no determina los grados de parentesco incriminados, equiparándose de hecho e ilimitadamente la ascendencia y descendencia, directa, indirecta o colateral y de afinidad o parentesco; para la agravación de la pena será lo mismo que la acción se desenvuelve sobre el hijo que sobre el primo o sobrino en segundo o tercer grado de parentesco, excluyéndose el irrespeto a la unión marital o de hecho y múltiples lazos de ascendencia social y laboral, que en orden a la protección del bien jurídico, pueden ser más obligantes que algunos de los mencionados grados de parentesco.

El embarazo de la víctima es eliminado por el nuevo Estatuto como circunstancia agravante de las acciones proxenetas, que incriminó la legislación proveniente de 1980 si hay relación de causalidad entre el acceso carnal mercantil, al que la víctima ha sido constreñida o inducida, y el estado de gravidez de la misma, en atención al mayor perjuicio moral y físico generado por la acción. La supresión se fundamentó acertadamente, en que el segundo resultado (estado de gravidez) es ajeno por completo al fundamento de incriminación de la inducción, el constreñimiento y la trata de personas.

CÓDIGO DE 2000. ARTICULO 217. *Estimulo a la prostitución de menores.* El que destine, arriende, mantenga, administre o financie casa o establecimiento para la práctica de actos sexuales en que participen menores de edad, incurrirá en prisión de seis (6) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima.

NORMA ANTERIOR. Art. 312.- *Estimulo a la prostitución de menores.* (Subrogado art. 12 L. 360/97) El que destine, arriende, mantenga,

administre o financie casa o establecimiento para la práctica de actos sexuales en que participen menores de edad, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa equivalente a multiplicar por una cantidad de cincuenta (50) a quinientos (500) el valor del salario mínimo legal mensual vigente.

COMENTARIOS

La descripción continúa siendo de mera conducta, peligro, conducta permanente y mono-ofensivo; estimamos que el sujeto pasivo es la persona, hombre o mujer, menor de edad, es decir, menor de dieciocho años según la normatividad civil vigente, que participa de las actividades, puesto que este elemento debe ser identificado en relación directa con el bien jurídico protegido. La Ley 360 de 1997 comprende, además de la destinación, otras conductas alternativas como el arrendamiento, la administración y la financiación de la casa o establecimiento, estructura típica reiterada con acierto por la nueva normatividad sustancial.

Por lo demás, esta infracción entrará habitualmente en concurso material con delitos de actos sexuales con menor de 14 años (arts. 305 C.P. de 1980 y 209 C.P. de 2000) y acceso carnal abusivo con menor de catorce años (arts. 303 C.P. de 1980 y 208 C.P. de 2000)

La norma original de 1980 establecía la pena entre seis meses y cuatro años de prisión; la Ley 360 de 1997 la aumenta a entre dos y seis años de la misma especie punitiva, contemplando la multa como pena principal simultánea, mientras el nuevo Código continúa el proceso de severización al determinarla entre seis y ocho años de pena corporal, movimientos que lindan con el capricho, pues adolecen de soportes y explicaciones de orden sistemático y criminológico.

CÓDIGO DE 2000. ARTICULO 218. *Pornografía con menores.* El que fotografíe, filme, venda, compre, exhiba o de cualquier manera comercialice material pornográfico en el que participen menores de edad, incurrirá en prisión de seis (6) a ocho (8) años y multa de cien (100) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima.

NORMA ANTERIOR. Art. 312 bis.- *Pornografía con menores.* El que fotografíe, filme, venda, compre, exhiba o de cualquier manera comercialice material pornográfico en el que participen menores de edad incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años y multa de cien (100) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales.

COMENTARIOS

Este tipo presenta algunos problemas en orden a la determinación del sujeto pasivo que no fueron abordados por la reforma; estimamos que es el Estado como primer interesado en la protección general de la dignidad humana, en su especificación de respeto y preservación de la libertad, integridad y formación sexuales, por tanto no puede adquirir la calidad de sujeto pasivo el menor con cuya imagen pornográfica se trafica, ya que este puede ser indeterminable y no identificable de acuerdo con el contenido ontológico de las acciones descritas. En otros casos especiales, para la incriminación de la acción se deberá exigir la identificación y valoración del sujeto que aparece en el material pornográfico con el fin de determinar su minoría de edad, estudio sin el cual no puede proceder la plena adecuación típica .

La norma desde 1980 ha incriminado los actos de comercialización, compra y venta, que naturalmente tienen contenido oneroso, por lo anterior quedan por fuera del tipo la adquisición o enajenación a título gratuito, que presentan la misma razón de punición, pues la lesión al bien jurídico protegido se patentiza con independencia de los afines de lucro que persiga el agente.

En relación con la agravante introducida por el inciso segundo de la norma, reiteramos integralmente las observaciones realizadas a propósito del numeral 3º del nuevo artículo 216.

CÓDIGO DE 2000. ARTICULO 219. *Turismo sexual.* El que dirija, organice o promueva actividades turísticas que incluyan la utilización sexual de menores de edad incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años.

La pena se aumentará en la mitad cuando la conducta se realizare con menores de doce (12) años.

COMENTARIOS

Este tipo penal, que no hacia parte del proyecto inicial, pretende incriminar las actividades turísticas, vale decir, de solaz recreación o distracción, que incluyen dentro de sus componentes la actividad sexual con menores de edad.

Como se observa, el verbo determinador es compuesto y alternativo en cuanto incrimina en forma autónoma la conducta del director, organizador o promotor; la realización de una cualquiera o de todas las acciones enunciadas perfecciona de igual manera el tipo.

Dirigir es orientar o conducir en forma eficaz y con autoridad o poder administrativo y de gestión el plan turístico, objeto material de la infracción. Organizar es planificar, diseñar o proyectar el programa incriminado, el organizador diseña procedimientos, traslados, conexiones, itinerarios, etc., al tiempo que facilita medios y allana obstáculos. El promotor difunde, realiza acciones de propaganda y publicidad, fomenta comercialmente, proporciona o coloca medios idóneos para el buen éxito de la actividad tipificada. Por este aspecto está claro que atendiendo estrictamente al contenido normativo y en referencia directa al objeto de tutela, las acciones desplegadas por el agente pueden realizarse a título oneroso o gratuito con afán de lucro o con simples fines de delectación sexual.

Por los anteriores aspectos se concluye que el tipo es de mera conducta, peligro y mono ofensivo; no exige la producción de resultados concretos en el orden naturalístico, con lo que no es necesaria la efectiva lesión al bien jurídico, pero si su puesta en peligro real (art. 11 C.P. de 2000), por lo que no es necesario que la actividad turística se realice efectivamente, basta con que se proyecte, planifique y promueva; tampoco, obviamente, será necesario que menores de edad realicen actividad sexual de ningún genero.

No obstante, para que el tipo encuentre cabal perfeccionamiento, y pueda predicarse efectiva puesta en peligro del bien jurídico, es necesario que el programa o proyecto turístico alcance alguna relevancia externa y determinados niveles de difusión, por cualquiera de los aspectos incriminados; vale decir, contacto y búsqueda de posibles viajeros, realización de concretas acciones administrativas de organización y dirección, búsqueda de los menores que se van a utilizar, por lo tanto, no

basta el simple proyecto o ideación del plan criminal que no alcanza manifestación externa de relevancia frente al objeto de tutela. Por lo anterior, vemos de muy difícil estructuración la modalidad tentada, pues el comienzo de los actos ejecutivos prácticamente coincide con el perfeccionamiento típico.

En consecuencia, el sujeto pasivo del acto no pueden ser los menores cuya utilización sexual se proyecta, estos pueden ser indeterminados y no identificables; por lo que estimamos que la titularidad del derecho debe radicarse en el Estado, primer interesado por la salvaguarda de la dignidad, integridad y formación sexuales; dogmáticamente el sujeto pasivo de cualquier tipo no puede ser presunto o abstracto; no obstante la traza comportamental desplegada por el agente debe manifestar inequívocamente la minoría de edad de las personas que intervendrán en el programa y que su actividad en el mismo será de índole sexual, es decir de satisfacción libidinosa de los participantes, aspecto que si bien no manifiesta errores dogmáticos o de técnica legislativa, si presentará en muchas ocasiones insalvables problemas probatorios que aconsejarían la redacción de un tipo de resultado, pues la posible actividad sexual de los menores se puede disfrazar en las fases de promoción y divulgación, presentándolos como guías turísticos, guarda-maletas, botones, auxiliares, etc., -nadie va a promocionar de manera expresa la realización de un delito-, por lo que la plena prueba en la practica, se encontrará con la efectiva realización de actividad sexual, razón de más para reiterar que hubiese sido preferible la redacción de un tipo de resultado y lesión; lo anterior se reafirma cuando la propia redacción típica acepta la posibilidad de utilización cultural, deportiva, etc. de menores de edad.

Finalmente, la norma tal como se diseñó, admite la forma concursal homogénea, simultánea o sucesiva, en relación con la gran mayoría de delitos sexuales en casos en los que se llegue a la efectiva actividad del menor, es decir, la presente infracción puede concurrir con los delitos de violación, actos sexuales abusivos, en sus formas simples o agravadas, así como con las conductas proxenetas de inducción, constreñimiento a la prostitución y trata de personas en forma simple o agravada, con el estímulo a la prostitución y la pornografía con menores, si tales estructuras típicas se han perfeccionado en el origen o en el resultado del presente comportamiento. También encontramos viable el concurso

heterogéneo y sucesivo frente a la vulneración consecuencial de bienes jurídicos diversos tales como la vida, la integridad y la libertad personal.