

**Problemáticas del principio de insignificancia en el ejercicio jurisdiccional de los  
juzgados penales municipales del sur del Valle de Aburrá**

**Pastor Camilo Perafán Cardona**

**Gabriel Vicente Santamaria Chilamak**

**Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho**

**Asesor**

**Andrés Felipe Duque Pedroza (Ph.D)**

**Maestría En Derecho**

**Escuela De Derecho Y Ciencias Políticas**

**Universidad Pontificia Bolivariana - Medellín**

**2022**

**Declaración de originalidad**

16 de diciembre de 2022

**Pastor Camilo Perafán Cardona****Gabriel Vicente Santamaria Chilamak**

“Declaramos que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad”.

---

Pastor Camilo Perafán Cardona

---

Gabriel Vicente Santamaria Chilamak

## Tabla de Contenido

Resumen	4
Abstract	6
Introducción	8
Capítulo 1 Igualdad y Legalidad	12
Capítulo 2 Principios De Insignificancia, Lesividad Y Necesidad	24
Capítulo 3 Descripción de hallazgos y análisis de la información recolectada	34
Conclusiones	55
Bibliografía	57

## Resumen

De cara a los principios de igualdad y legalidad, brevemente abordados, surge la inquietud en este trabajo, sobre la aplicación de la figura dogmática de la insignificancia en los casos concernientes a los delitos de hurto y lesiones personales, si ello obedece a fundamentos legales objetivos con criterios de proporcionalidad, o por el contrario la nota dominante en este ejercicio ha sido la discrecionalidad

No se propone una afectación directa al principio de igualdad contenida formalmente en el ordenamiento jurídico y encaminada a su materialización, pero sí se cuestiona el riesgo permanente que reporta sobre la percepción de justicia material, el permitirse un amplio margen de discrecionalidad en un ámbito como penal, donde el principio de legalidad es restrictivo.

Se parte de la Constitución Política como fuente central del concepto y el imperativo de la igualdad, y el compromiso del estado en promover las condiciones para que ésta sea real y efectiva, apoyado en el principio de legalidad y el protagonismo ascendente que ha ganado una de sus fuentes como lo es, la actividad judicial; todo ello restricto al ámbito penal.

Se abordan los principios de Insignificancia, Lesividad y Necesidad y el límite que trazan a la acción punitiva del estado, volviendo a las permanentes preguntas de la materia; ¿por qué se necesita el derecho penal? y ¿de qué debe depender la sanción penal?, ¿Dónde debe ubicarse la falta de lesividad?

Finalmente se contrasta esta información con las respuestas suministradas y las posturas asumidas por los Jueces consultados frente a esta temática.

Con esta investigación se busca aportar a la comprensión teórica de la figura dogmática de la insignificancia, que, hasta el momento, se ha planteado en términos difusos; además, podría este estudio constituir la reapertura del debate que gira en torno al umbral de la punibilidad, pues preliminarmente se ha detectado una especie de contradicción en el sistema, consistente en la punición de conductas sin daño (tentativa) y exoneración de responsabilidad de comportamientos con daño insignificante.

### **Abstract**

In view of the principles of equality and legality, briefly addressed, the concern arises in this work, on the application of the dogmatic figure of insignificance in cases concerning the crimes of theft and personal injury, if this obeys objective legal grounds with criteria of proportionality, or on the contrary, the dominant note in this exercise has been discretionality.

It does not propose a direct affectation to the principle of equality formally contained in the legal system and aimed at its materialization, but it does question the permanent risk to the perception of material justice of allowing a wide margin of discretion in an area such as criminal law, where the principle of legality is restrictive.

It is based on the Political Constitution as the central source of the concept and the imperative of equality, and the commitment of the state to promote the conditions for it to be real and effective, supported by the principle of legality and the ascendant protagonism that one of its sources, the judicial activity, has gained; all this restricted to the criminal field.

The principles of Insignificance, Injuriousness and Necessity and the limit that they draw to the punitive action of the state are approached, returning to the permanent questions of the matter; why is criminal law necessary, what should the criminal sanction depend on, where should the lack of injuriousness be located?

Finally, this information is contrasted with the answers provided and the positions taken by the judges consulted on this subject.

This research seeks to contribute to the theoretical understanding of the dogmatic figure of insignificance, which, so far, has been raised in diffuse terms; in addition, this study could constitute the reopening of the debate that revolves around the threshold of punishability, since preliminarily a kind of contradiction has been detected in the system, consisting in the punishment of conducts without harm (attempt) and exoneration of liability for behaviors with insignificant harm.

## Introducción

Dado que Colombia ha adoptado el modelo de derecho penal enfocado en la protección de los bienes jurídicos (artículo 11 de la Ley 599 del año 2000) en el foro (doctrina, práctica judicial y debates no especializados) se ha popularizado la discusión que gira en torno a la punibilidad de conductas que sólo de manera insignificante los vulneran. De especial impacto mediático han sido casos que, para cierto sector del sentir popular, implican excesos por el empleo del mecanismo penitenciario como respuesta a comportamientos que se consideran de baja relevancia. Un ejemplo aún recordado de esta situación, es el de la condena de Víctor Alfonso García, sentenciado el 21 de febrero de 2006, en segunda instancia, por el Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, por una agresión sexual a él atribuida (efímero, sorpresivo y no consentido tocamiento de los glúteos y la vagina de la joven Diana Marcela Díaz González), en virtud de la cual dicho ciudadano tendría que purgar una pena de cuatro años de prisión<sup>1</sup>, reiterándose que es éste un tema controversial, y no toda la opinión pública fue adversa a este fallo, pues también se elevaron voces a su favor (MyPlainview, 2006); como se escucharon reclamaciones de condena para la senadora Angélica Lozano, quien, en pleno auge de la pandemia, transgredió los reglamentos, y salió a merchar con su pareja sentimental, la alcaldesa

---

<sup>1</sup> De presentarse una condena por hechos análogos, al día de hoy, por la modificación del artículo 2 de la ley 1236 de 2008, la pena mínima para el tipo penal endilgado por el ente colegiado sería de ocho años de prisión, siendo imperioso precisar que la decisión referida fue casada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, corporación que puntualizó que, por la naturaleza fugaz del acto libidinoso, el mismo sólo había alcanzado la calificación jurídica de injuria por vía de hecho, existiendo para el procesamiento de dicha figura delictual un requisito previo no satisfecho, en virtud del cual, y verificada la transgresión del debido proceso, se anularon las diligencias.

del Distrito Capital Claudia López, habiendo la Sala de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia archivado la investigación, al considerar insignificante la falta de la alta dignataria. (Semana, 2020)

Inspirada en los principios de fragmentariedad del derecho penal e intervención mínima del mismo, la postura dogmática dominante ha resuelto la tensión en cita arguyendo que, sea por falta de tipicidad o antijuridicidad, hechos como los narrados, no implican responsabilidad penal por la intrascendente dañosidad de los mismos, o derivan en una calificación atenuada por la insignificancia frente a un bien tutelado, pero relevancia frente a otro<sup>2</sup>; ahora, el concepto de insignificancia es gaseoso y de difícil aprehensión, y en vista de que la ley no ofrece criterios objetivos para su determinación (tampoco lo hace la jurisprudencia), la definición de los límites entre lo trascendente e intrascendente para el derecho penal dependerá, entre otras cosas, de las funciones que el sujeto intérprete atribuya a la maquinaria de procesamiento criminal (resáltese que son múltiples las escuelas y sus conceptos, en ocasiones, al extremo divergentes), de su fundamentación axiológica (el contenido y orden de prelación que asigne a los valores), de su experiencia personal (un evento traumático puede exacerbar los anhelos de castigos ejemplares), y de los intereses que tenga en juego (los individuos tienden a maximizar el valor de sus intereses), concluyéndose que, si la delimitación de lo punible depende de la dimensión ética de cada fallador, aquello podría tener impacto sobre la aplicación equitativa de la norma (siendo éste, según lo dispuesto por el artículo 13 de la Constitución Política Colombiana, un mandato de orden superior).

---

<sup>2</sup> De acto sexual a injuria por vía de hecho, en el citado caso de Víctor Alfonso García, porque no afectó la libertad sexual pero sí el honor de la persona agredida.

La presente investigación es de corte *positivista*, pues, con neutralidad, y sin el ánimo de establecer juicios de valor sobre los resultados que se obtengan, se pretende verificar la validez de la concepción dominante acerca del principio de insignificancia, problematizando sus fundamentos con base en los principios de legalidad e igualdad. Se centra en la lectura, análisis y comprensión de documentos, teorías, normas, además de sentencias

Bajo el contexto descrito en el acápite anterior, se propone resolver la presente investigación una incógnita: ¿en los Juzgados Penales Municipales del sur del Valle de Aburra, Antioquia, se han aplicado fundamentos legales objetivos, criterios de igualdad y/o proporcionalidad para el empleo de la figura dogmática de la insignificancia en los casos concernientes a los delitos de hurto y lesiones personales, o ha estado ello librado a la discrecionalidad del operador?

La elección para el estudio de los delitos de hurto (art. 339 C.P.) y lesiones personales (art. 111 C.P.) obedece a la mayor frecuencia de casos bajo esta caracterización (insignificancia).

Inicialmente, se pensó como muestra para el análisis los casos resueltos (providencias que se hayan proferido en el despacho aplicando la figura dogmática de la insignificancia en los casos concernientes a los delitos de hurto y lesiones personales, u otros semejantes) en un período de tiempo específico, los últimos cinco años, partiendo del año 2017 al presente 2022. Sin embargo, después de una primera solicitud de información, al verificar que varios de los jueces llevaban menos de cinco años, incluso algunos, menos de dos años como titulares de los despachos consultados, y consecuentemente, dado el limitado número de casos relacionados por estos para la muestra, se replanteó la muestra asociada, limitándola a los casos pertinentes al tema que en su ejercicio profesional hubieren conocido, con el propósito de conocer la opinión directa y actual del fallador y titular de despacho. Por lo tanto, se restringió la muestra al sur del

Valle de Aburrá, a municipios vecinos colindantes entre sí; Envigado, Sabaneta, Itagüí y La Estrella, con el propósito de no restringir la muestra a un solo municipio, pero sí hacerlo a un área que, dado el alcance del trabajo y los recursos disponibles como el tiempo, permita conocer y analizar la muestra. Además de las providencias solicitadas, a los jueces consultados se les formularon varias preguntas, entre otras: ¿cuál a su criterio es la función de derecho penal?, ¿cuál consideran, debería ser el tratamiento que el ordenamiento jurídico colombiano debe dar a los denominados delitos bagatelares?, y ¿qué criterios toma o tomaría en cuenta para definir la insignificancia de una vulneración del bien jurídico? Fueron nueve (9) los jueces consultados que brindaron su apoyo al presente trabajo mediante su respuesta.

Con este trabajo se espera enriquecer el debate en el ámbito teórico del principio de insignificancia, figura que, hasta el momento, se ha planteado en términos difusos. Además, podría este estudio constituir la reapertura de la discusión que gira en torno al umbral de la punibilidad, pues, preliminarmente, se ha detectado una especie de contradicción en el sistema, consistente en la punición de conductas sin daño y la exoneración de responsabilidad de comportamientos con daño insignificante.

## Capítulo I

### Igualdad y Legalidad

En Colombia, la fuente central del concepto y el imperativo jurídico de la igualdad es la Constitución Política. Ésta, en su artículo 13 consagra en favor de todas las personas el derecho a recibir la misma protección y trato de las autoridades y gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, comprometiéndose el Estado a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados. En el ámbito penal dicha disposición se ve reflejada en los artículos 6 de la Ley 599 del año 2000 (C.P.) y 4 de la 906 de 2004 (C.P.P.), que obligan a los servidores judiciales a aplicar la ley sustancial y adjetiva a las personas sin tener en cuenta aspectos diferentes a los establecidos en ella, hacer efectiva la igualdad entre los partícipes de la actuación procesal y proteger, acentuadamente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, frente a quienes, de hecho, les es imperativo tener especial consideración cuando se trate de valorar el injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito. La Corte Constitucional, en Sentencia C-178 de 2014 indicó que:

el artículo 13 Superior, comporta un conjunto de mandatos independientes y no siempre armónicos, entre los que se destacan (i) la igualdad formal o igualdad ante la ley,

relacionada con el carácter general y abstracto de las disposiciones normativas dictadas por el Congreso de la República y su aplicación uniforme a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación, que excluye la legitimidad constitucional de cualquier acto (no solo las leyes) que involucre una distinción basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien, la prohibición de distinciones irrazonables; y (iii) el principio de igualdad material, que ordena la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales (Corte Constitucional de Colombia, C178 de 2014)

Ahora, justamente las tres reseñadas dimensiones de la igualdad llevan a recordar que es éste un concepto equívoco, y que con el término se han nombrado disímiles ideas y valores que son producto de cosmovisiones incluso antagónicas (Pérez Luño, 2005), por lo que resulta necesario determinar un punto de referencia que sirva de base al ejercicio propuesto en esta investigación.

Así, para empezar, se precisa que la igualdad no es una cualidad o propiedad de la persona, sino una relación formal, que identifica características comunes entre entes de una totalidad (Bobbio, 1993). Es decir, que el raciocinio encaminado a advertir igualdades (o desigualdades), surge de un acto de comparación de dos o más entes (el proceso siempre exige el estudio de una pluralidad), anotándose que, si se verifican rasgos comunes entre ellos, ese *tertium comparationis* funciona como un elemento definitorio de una clase o agrupación (Pérez Luño, 2005).

Dicho lo anterior, necesario es aclarar que, aunque todos los seres humanos pertenecen a la misma estirpe, y de acuerdo a lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 13 de la Constitución

Política Colombiana y el canon 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada en Colombia mediante la Ley 16 de 1972), gozan del derecho de igualdad ante la ley, en virtud del cual, debe existir un mismo estatuto jurídico para todos, contrario a lo que podría intuirse inicialmente, ello no implica un mandato de tratamiento idéntico para cada uno de los miembros de la especie, sino el reconocimiento del igual valor (dignidad equivalente) de las diferencias que constituyen la identidad de cada persona (Ferrajoli L. , Manifiesto por la igualdad , 2019). Lo que se traduce en la proscripción de castas, prerrogativas y discriminaciones arbitrarias, que son aquellas introducidas o no suprimidas sin justificación (Bobbio, 1993).

Pero allí no se agota el alcance del derecho a la igualdad. Tras admitir la existencia de desiguales posiciones económicas y oportunidades sociales, el inciso 2 del artículo 13 de la Constitución Política Colombiana, se compromete a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y a adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados, lo cual supone la extinción, o por lo menos reducción, de las excesivas desigualdades, y el establecimiento de la igualdad en los mínimos vitales... lo que impone la creación de derechos, pues es a través de éstos que se garantiza la igualdad (Ferrajoli L. , Manifiesto por la igualdad , 2019).

Prosiguiendo con el análisis que compete a la presente disertación, se indicará que la igualdad ocupa un lugar preeminente en la escala de valores del proyecto social Colombiano (preámbulo de la Constitución Política), y, por ende, constituye una importante pauta para la creación, interpretación y aplicación del derecho, al que, en el sistema normativo de este país, se le ha asignado una *pretensión de justicia* (preámbulo de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 2 de dicho estatuto y la Ley 270 de 1996), concepción (la justicia) que, a juicio del profesor Norberto Bobbio, opera como virtud o principio rector que dirige un ordenamiento a

un todo armónico o equilibrado, siendo ello únicamente posible si, a cada una de las partes se le asigna el lugar que le compete (*suum cuique tribuere*; dar a cada uno lo suyo), y, una vez la totalidad está en el lugar propio, ese equilibrio se mantiene a través de normas universalmente respetadas, lo que permite concluir que, “la instauración de una cierta igualdad entre las partes y el respeto de la legalidad son las dos condiciones para la institución y la conservación del orden y la armonía del todo, que es, para quien se ponga en el punto de vista de la totalidad y no de las partes, el sumo bien” (Bobbio, 1993, pág. 58), siendo forzoso clarificar que, como el propio doctrinante en cita señala, no debe ello entenderse en los términos de la *igualdad formal* o *justicia en la aplicación*, que apenas tiene un valor subordinado, ya que no determina cuál es el mejor tratamiento, sino que se restringe a ordenar la aplicación de uno en particular, cualquiera que sea, a situaciones semejantes, sino que, además de éste, que sería un segundo nivel de análisis, debe obedecer aquello a un primer paso del raciocinio, consistente en definir la manera en que corresponde tratar a un individuo en una relación específica, lo que se fundamenta en los criterios de justicia retributiva (problemas de equivalencia que pueden ser, de retribución de un bien con un bien, o de retribución de un mal con un mal; a cada uno según su mérito, su necesidad, su falta, etc.) y en los criterios de justicia atributiva (problemas de equiparación, concernientes al igualamiento de las relaciones entre sujetos, como las exigencias de trato simétrico para cónyuges y compañeros permanentes), lo cual delimita la igualdad deseable (Bobbio, 1993).

Respecto a las aspiraciones de una sociedad equilibrada, en su *manifiesto por la igualdad*, el jurista italiano Luigi Ferrajoli (2019), postuló la existencia de 4 fundamentos axiológicos para su sustento. El primero de ellos es la relación biunívoca entre la igualdad y la dignidad humana, y es que, según el citado catedrático, entre las dos figuras se presenta una

codependencia, ya que “la igualdad implica la igual dignidad de las personas (...) [y] la dignidad de las personas implica el igual valor garantizado a sus diferencias” (Ferrajoli L. , Manifiesto por la igualdad , 2019, pág. 20), lo que significa que, las diferencias deben ser amparadas y enaltecidas, porque constituyen un todo con el valor y la identidad de las personas, y las desmedidas desigualdades deben ser suprimidas o disminuidas, porque obstruyen el desarrollo íntegro de la persona humana y, por ende, su dignidad (Ferrajoli L. , Manifiesto por la igualdad , 2019). El segundo fundamento axiológico es el nexo entre la igualdad y la democracia, y es que, de acuerdo al autor mencionado, el universalismo de los derechos fundamentales es lo que permite que en una sociedad existan el pluralismo político y, por paradójico que parezca, la unidad política de sus miembros, y es que, únicamente sobre la igual titularidad de las prerrogativas esenciales, es posible edificar en un individuo la percepción de sus congéneres como seres iguales a sí mismo y, con ello, la sensación de ser integrante de una misma comunidad, que es justamente lo que transforma un simple agregado de seres humanos en *un pueblo*, que se mantiene unido por el consenso y la utilidad común. El tercer fundamento axiológico es el vínculo existente entre la igualdad y la paz, y es que, según el pensador en comentario, por un lado, del igual respeto a la vida y las libertades fundamentales depende la armónica convivencia de las diferencias, y por el otro, la promoción y garantía de los derechos sociales (salud, educación, trabajo, etc.) reduce la irritación, el odio, el descontento, la mutua desconfianza y las disputas que son ocasionadas por las marcadas desigualdades. El cuarto y último fundamento axiológico que propone el maestro italiano como sustento de la inclinación normativa (aspiración) hacia una sociedad equilibrada, es el del rol desempeñado por la igualdad frente al salvaje estado de naturaleza, que únicamente favorece a los más fuertes y condena a los

carentes de potencia física, intelectual, económica, política y social, a vivir en la miseria, cuando no aniquila sus posibilidades de subsistencia.

La igualdad como principio rector y norte de un ordenamiento, encaminado a la institución, la conservación del orden y la armonía del todo, en palabras de Norberto Bobbio, dirigida al sumo bien, requiere que las condiciones más convenientes para su realización tengan vigencia y sean protegidas por el ordenamiento jurídico; pues sin éste, esa deseable igualdad frente al salvaje estado de naturaleza, no sería posible, y el poder para hacer valer los propios derechos frente al otro sería un asunto de fuerza regido por el azar. A propósito de la conducta que obraría en ese hipotético estado de naturaleza, citando a Thomas Hobbes el profesor Marín, señala que, se podría obrar libremente a voluntad de cada uno, en la medida de las capacidades y fuerzas propias para imponerse al otro, pero viviendo en zozobra permanente por el riesgo constante de perder lo que se posee a manos de alguien más fuerte o más zagas (Marín Cortes, 2021).

El actual estado social de derecho irradia con gran alcance las dinámicas sociales en materia de derechos, deberes y garantías a través del ordenamiento jurídico, y procura una respuesta adecuada a las circunstancias requeridas para el ejercicio de la igualdad; aunque no todos los espacios y circunstancias son cobijados, aún existen situaciones que escapan a este control; sin embargo es evidente el avance recorrido, desde un estadio inicial, que en palabras de Zagrebelsky, indican una noción genérica y embrionaria de estado de derecho (Zagrebelsky, 1995)., proclive a la evolución, hasta el actual estado social de derecho; sin negar las formas vigentes de otros tipos de estado de derecho; y superando modelos inmediatamente anteriores de estado, como el estado absoluto (estado bajo el régimen de fuerza) en el siglo XVII y el estado

del Despotismo ilustrado (estado bajo el régimen de policía) del siglo XVIII; dejando atrás la arbitrariedad como nota característica de estos.

Partiendo de una noción de estado de derecho donde se subraya el imperio de la ley; se puede verificar la elasticidad intrínseca que Zagrebelsky le atribuye a este concepto<sup>3</sup>, haciéndolo admisible en diversos modelos de estado, desde uno liberal hasta uno totalitario; es decir, en un rango de tensiones entre la mera formalidad del derecho y una connotación sustantiva de las funciones y fines del estado.

Aunque en principio la dirección contra la arbitrariedad, se tradujo en algunas garantías iniciales, estas se fueron quedando cortas a medida que la racionalidad en la concepción del ejercicio del poder fue evolucionando, siendo así que, antes los actos de un soberano, que obraba con amplia discrecionalidad, no sólo podían ser legales sino también legítimos, pues se aceptaba el fundamento de su autoridad, que en ocasiones podría entenderse ligada a un designio divino, pero luego estos mismo actos, pasaron a convertirse en excesivos e ilegítimos; los paradigmas que sustentaban esta legitimidad habían cambiado; de la misma manera la concepción inicial de estado de derecho gestada al interior del estado liberal, que daba un gran paso en la regulación del poder estatal, garantizando libertades y protección de la propiedad privada, se hizo insuficiente ante la exigencia de justicia social, al punto que este aparato normativo del estado liberal, llegó a configurarse en un modelo propio de estado, adquiriendo algunos fines, principios y alcances diferentes a los del estado liberal; en palabras del autor Marín (2021)

---

<sup>3</sup> Estado de Derecho

la racionalidad inicialmente alcanzada en el estado liberal original fue insuficiente y fue nuevamente superada, relevada por otra racionalidad, se tuvo como un gran defecto el exceso formal de su contenido, irradiando la idea de igualdad, que no llegaba a ser una igualdad real, material (pág. 60)

La racionalidad al interior del estado de derecho situó a la norma como el eje central para contener y prever el ejercicio del poder soberano, asignando facultades delimitadas a los órganos públicos y limitando derechos a los ciudadanos, de forma previsible, calculable, acorde a una norma preexistente. Poco a poco fue desplazando su centro de gravedad hasta ubicarlo no ya en las amplias facultades del estado en el ejercicio del poder soberano, sino en la realización y protección de las facultades y derechos de los ciudadanos, acorde a las exigencias del estado social de derecho; especialmente en la tradición continental europea la norma fue protagonista como fuente de la legalidad, al respecto vale citar lo dicho por Zagrebelsky (1995) “ El principio de legalidad en general, expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte , cualquiera que sea su forma” (pág. 24)

La ley, que proyectaba el ejercicio del poder soberano, se procuró como el reflejo de la voluntad de muchos; las personas seguían estando ceñidas a ese poder soberano, pero no ya, emanado de los juicios y direccionamientos de una sola persona, sino como resultado una voluntad general delegada y reflejada en la ley; esta fue la respuesta a la necesidad de seguridad que los ciudadanos padecían ante el ejercicio del poder, pues cuestiones fundamentales entre otras, como la afectación de la libertad, la disposición de las propiedades y el pago de impuestos; debían ser previsibles, previamente determinadas, a salvo de los prejuicios, deseos o el parecer de un soberano con amplias facultades y pocas restricciones.

Esta nueva manifestación de poder soberano que igualmente detentaba la capacidad para permitir, prohibir y moderar la afectación a los derechos en nombre, no ya desde un fundamento de connotación religiosa sino desde la razón, razón emanada de la voluntad popular, permitió, en parte satisfacer las demandas que esa nueva racionalidad en el ejercicio del poder exigía; pero el principio de legalidad que en ámbitos como la tradición continental europea, dio tanto peso a la ley como elemento preponderante de la legalidad, se hizo paulatinamente de una configuración más compleja donde la ley inicialmente como norma de carácter general, abstracto e impersonal, fue modelando su contenido también a otros alcances, a situaciones más concretas, apoyada en otros elementos que integraron con mayor peso esa nueva legalidad; ya no podía entenderse este principio únicamente como sometimiento de la acción soberana del estado a la ley; la Constitución Política, la gran preponderancia de los principios, la creciente y dinámica actividad judicial, entre otros elementos de la legalidad, dirigidos a administrar, regular y contener la acción de estado afirmaron su importancia como fuente de legalidad; así que a grandes rasgos se identifican en la evolución del principio de legalidad: la disposición de la constitución política como punto de partida, el control judicial y el papel protagónico de los principios generales del derecho (Marín Cortes, 2021).

No obstante lo anterior, no se agota la fuente de la legalidad exclusivamente en torno a una regla, y las interpretaciones que deban hacerse de esta a la luz de los parámetros que la actividad judicial previa haya trazado, no se agota la legalidad en ámbito exclusivo del derecho; y es que existen dos concepciones del principio de legalidad, una fuerte y otra débil, en esta última no se hace de la ley y de las otras fuentes de la legalidad mencionadas la única guía del actuar estatal, se incorporan también saberes de otras áreas, dando mayor rango de ejecución a

las muchas acciones a cargo del estado (Marín Cortes, 2021). Áreas como el derecho penal, hacen uso de la concepción fuerte del principio de legalidad,

Donde el contenido de la decisión debe tener origen en la norma y su interpretación, donde la exigencia de previsibilidad y seguridad jurídica es mayor atendiendo a los bienes jurídicos relacionados y la expectativa de justicia de mayor intensidad en este ámbito. (Marín Cortes, 2021, pág. 70)

Aunque el principio de legalidad tiene alcance sobre todo el ordenamiento jurídico, a efectos del presente trabajo se entenderá referente al ámbito penal, área en la que explícitamente se alude a este en los artículos, sexto de los códigos: penal (ley 599 de 2009 y de procedimiento penal (ley 906 de 2004, ley 600 de 2000) y la Constitución Política de Colombia en su artículo 29. El principio de Legalidad en parte se direcciona a garantizar barreras de contención del accionar punitivo del estado que en disposición de *ius poenale* y el *ius puniendi* puede determinar la forma en que se afectaran garantías fundamentales, por ello el ejercicio de esta potestad debe ceñirse estrictamente a la ley, ley preexistente, sin desconocer con ello el principio de favorabilidad. La Corte Suprema de justicia en la sentencia de radicado SP7633 de 2016 relaciona dos connotaciones del principio de legalidad: el de reserva legal donde se le atribuye exclusivamente al legislador la definición previa de los considerados como hechos punibles; y el significado de tipicidad o taxatividad donde las conductas descritas como típicas deben ser previa e inequívocamente definidas en la ley, reduciendo la actividad del juez a verificar la adecuación de la conducta al tipo penal previamente creado; exalta la corporación que se materializa este principio fundamentalmente en tres aspectos: la determinación previa del tipo penal, el agotamiento del trámite respectivo, legalmente definido, incluyendo la competencia de

los funcionarios, y que la determinación de las penas susceptibles de imponerse estén previstas antes de la comisión de los hechos; cita la Corte lo siguiente:

En tales condiciones el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica de los ciudadanos, al permitirles conocer previamente cuándo y por qué motivos pueden ser objeto de penas privativas de la libertad o de otra naturaleza, constituye un límite a toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas... asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. SP7633, 2016)

A propósito de la importancia de la ley, su interpretación y el rigor de la legalidad que le es propio al ámbito penal, menciona sobre ésta el autor Velásquez, los requisitos que debe presentar en el ejercicio de las potestades estatales, a saber los siguientes: debe ser escrita, debe ser estricta, en oposición a la aplicación analógica de la ley penal, cosa distinta a la interpretación analógica, la norma debe estar consignada de forma clara y expresa en el derecho positivo sin dudas respecto a su alcance, y finalmente esta debe ser previa, aplicable a casos de su vigencia y no anteriores, sin perjuicio de la retroactividad o ultraactividad cuando resulte más favorable (Velásquez, 2013).

De cara a los principios de igualdad y legalidad, brevemente abordados, surge la inquietud en este trabajo, sobre la aplicación de la figura dogmática de la insignificancia en los casos concernientes a los delitos de hurto y lesiones personales, si ello obedece a fundamentos legales objetivos con criterios de proporcionalidad, o por el contrario la nota dominante en este ejercicio ha sido la discrecionalidad. A la fecha poca atención se ha brindado a esta situación pues no se ha pensado como una problemática, siendo esto resultado de la desatención de puntos de tensión, incoherencia sistémica y eventuales vacíos de punibilidad que provoca el

ligero empleo de esta figura, librando su aplicación a la discrecionalidad del operador jurídico y propiciando desigualdad en la solución de casos análogos.

En los siguientes capítulos se abordarán, la proporcionalidad, la insignificancia, y su implicación en los tipos penales: lesiones personales y hurto, para finalmente encaminar esta disertación teórica a un ámbito de aplicación previamente seleccionado y territorialmente limitado, ello con fines metodológicos, y con el propósito de verificar la tesis propuesta.

Con esta investigación se busca aportar a la comprensión teórica de la figura dogmática de la insignificancia, que, hasta el momento, se ha planteado en términos difusos; además, podría este estudio constituir la reapertura del debate que gira en torno al umbral de la punibilidad, pues preliminarmente se ha detectado una especie de contradicción en el sistema, consistente en la punición de conductas sin daño (tentativa) y exoneración de responsabilidad de comportamientos con daño insignificante.

## Capítulo II

### Principios de insignificancia, lesividad y necesidad de pena

En derecho penal, el concepto de insignificancia alude al conjunto de comportamientos que, a juicio de un sector de la doctrina, por la ínfima intensidad del daño que provocan, quedan por fuera del contorno de lo punible.

Como dicha noción traza uno de los límites de la reacción punitiva del Estado, para su abordaje y comprensión necesario resulta remontar el análisis a las dos cuestiones que, para el profesor Schünemann (2019), constituyen la central preocupación de la dogmática: “¿por qué y para qué necesitamos del Derecho penal y de qué debe depender la sanción penal?” (pág. 27) Para el catedrático alemán en cuestión, cierto es que, como afirmó Inmanuel Kant, si el espíritu de una pena es la retribución, ésta encuentra su tope o su límite superior en la ley del Talión, pues si se condena al malhechor a sufrir un castigo que le ocasione mayor aflicción que aquella de la que él es responsable, lo que existe es venganza y no retribución, y esto lo lleva a concluir que, dado el exceso estructural de la sanciones penales (del que únicamente quedan a salvo las

penas aplicadas a los delitos de homicidio y lesiones), resulta excluida de forma categórica cualquier justificación de las penas que pretenda fundamentarse en planteamientos retributivos, lo que lo conduce a pensar que, sólo por su finalidad de protección de bienes jurídicos es posible defender racionalmente la existencia del sistema punitivo, que serviría de amparo a los bienes esenciales de la sociedad y del individuo cuando todas las otras barreras de custodia sean insuficientes (sólo esto justifica su existencia), lo que implica que, si no se verifica un daño social o el ocasionado es insignificante, no tendría legitimidad la imposición de un castigo.

“Sigue en este asunto el mencionado tratadista a su maestro Claus Roxin, a quien se atribuye la elaboración de la noción de insignificancia” (Zafaroni, 1997, pág. 554) y quien para su confección, partió de lo que él denomina el *concepto material de delito*, en el cual agrupa los criterios sustanciales que, en su sentir, suministrarían al legislador razones para criminalizar o dejar impunes ciertos modelos de comportamiento humano, actividad que, a su juicio, debe orientarse por la finalidad de protección subsidiaria de bienes jurídicos que tiene el derecho penal, lo cual implica que sea ésta la última de las medidas protectoras que se contemple para el abordaje de una problemática social, y que sólo se le haga intervenir cuando los otros mecanismos de solución (menos rigurosos) no posean un pronóstico de éxito frente a su misión, ello en vista de que la sanción penal es la más severa de las interferencias estatales en la libertad del ciudadano y constituiría una vulneración a la prohibición de exceso el que se acudiera a ella cuando se cuente con otras medidas de política social capaces de proteger en igual medida, o hasta con mayor eficacia, un bien jurídico en concreto, lo cual, entre otras cosas, lo lleva a concluir que, los comportamientos que provocan únicamente un menoscabo insignificante de los bienes jurídicos, deberían calificarse como simples contravenciones para cuyo enfrentamiento bastaría una sanción no penal, aunque reconoce que, si el legislador dispuso penas

correlativamente benignas para infracciones de escasa gravedad, la libertad de configuración legislativa exige negar la inconstitucionalidad de las normas, máxime cuando no haya certidumbre acerca de la eficacia o insuficiencia de otros mecanismos menos recios.

En similar sentido, el profesor Luigi Ferrajoli, apoyándose en representantes del pensamiento penal liberal (Thomas Hobbes y Jeremy Bentham), asevera que un comportamiento humano no debería ser proscrito a menos que, de alguna forma, resultare ser reprobable, pero explica que ello no significa que toda conducta reprobable tenga que prohibirse y sancionarse, pues el elevado costo de las penas y las interdicciones (lo que se sacrifica es la libertad y la dignidad humana), exige una justificación externa de la punición, ya que, en su criterio, las teorías de la justificación interna de la misma (retribucionismo) resultan absurdas, al pretender negar un hecho, el delito, con otro hecho, su sanción, olvidando que, como dijo Platón, lo que está hecho no puede ser deshecho (Ferrajoli L. , Derecho y razón, 1995)., a lo que agrega el autor en cita que, aunque es cierto que “la justicia perfecta no es de este mundo, y cualquier pretensión de haberla realizado por parte de un sistema penal no sólo es ilusoria sino signo de la más peligrosa de las imperfecciones: la vocación totalitaria” (Ferrajoli L. , Derecho y razón, 1995, pág. 462), y que por la relatividad de los postulados éticos, procedente de la independencia de cada conciencia y del mandato democrático de la tolerancia, no es posible establecer “criterios positivos y absolutos de justificación externa y de legitimación interna de los contenidos de la prohibición” (Ferrajoli L. , Derecho y razón, 1995, pág. 463) , sí es factible formular unos limitadores que, pese a ser únicamente practicables de forma relativa y tendencial, sirvan de presupuestos, no suficientes pero sí indispensables, para la legitimidad de la acción punitiva. A juicio del catedrático en mención, esos criterios negativos o delimitadores son “el principio de lesividad, el de materialidad y el de responsabilidad personal, que, respectivamente, definen los

tres elementos constitutivos del delito: el resultado, la acción y la culpabilidad” (Ferrajoli L. , Derecho y razón, 1995, pág. 464) En virtud del primero de ellos, que es el que concierne al presente análisis, se sostiene que, únicamente los efectos lesivos de una conducta sobre terceros pueden justificar la intervención punitiva, lo cual, de tajo, excluye de la esfera de las prohibiciones penales las actuaciones simplemente inmorales y los estados de ánimo peligrosos, como la perversión y la hostilidad, vinculándose este axioma al principio de necesidad, cuyo contenido es desarrollado por Luigi Ferrajoli con fundamento en el siguiente encadenamiento de ideas de los *iusfilósofos* Thomas Hobbes, Cesare Beccaria, Jeremy Bentham y Aristóteles: 1) las leyes no tienen el propósito de paralizar las acciones voluntarias del pueblo, sino que tienen por finalidad el dirigir y controlar el comportamiento social de tal forma que las personas no se dañen mutuamente, por lo que, si una norma no sigue tales parámetros no es necesaria ni es buena; 2) la prohibición de acciones indiferentes no impide la perpetración de delitos, sino que crea otros nuevos; 3) la tendencia a la punición de infracciones fútiles no está justificada, y es que la intervención penal, que es el mecanismo de control social más pernicioso para la libertad y la dignidad de sus destinatarios, sólo debería emplearse como remedio extremo; 4) todo acto de autoridad de hombre a hombre que no sea estrictamente necesario es tiránico; y 5) las prohibiciones y los castigos son un mal artificial y contra natura que únicamente se justifica por la necesidad de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos (Ferrajoli L. , Derecho y razón, 1995). Así las cosas, Luigi Ferrajoli opina que las únicas puniciones justificadas, por su absoluta necesidad, son las mínimas necesarias, es decir, las que, no existiendo otras medidas menos nocivas que posean igual o superior eficacia, se establezcan para prevenir comportamientos lesivos que en conjunto con la reacción no formal (venganza) que les puede sobrevenir, implicarían “*una mayor violencia y una más grave lesión de derechos que las*

*generadas institucionalmente por el derecho penal*” (Ferrajoli L. , Derecho y razón, 1995, pág. 466) por lo que considera que los delitos de bagatela no justifican ni el proceso penal ni la pena, pues en lugar de minimizarse la violencia, se estaría maximizando, con una respuesta estatal que resulta excesiva y, por ende, ilegítima.

En el ámbito nacional, con ya ocho ediciones del libro que dedicó al estudio del principio de la antijuridicidad material, sirve de referente teórico en esta materia el trabajo del profesor Carlos Arturo Gómez Pavajeau, quien sostiene que, por conductas inocuas, que no afecten materialmente un bien jurídico, no se pueden imponer penas, por falta de necesidad, a lo que agrega que, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, en los actos de creación y aplicación de las normas penales es indispensable comprobar la idoneidad del tipo, es decir, corroborar que en realidad esté dirigido a la protección de un bien jurídico de raigambre constitucional. Citando al jurista alemán Claus Roxin, afirma el autor referido que, dado que la aplicación del derecho penal es una práctica socialmente dañina, únicamente es legítimo acudir a éste cuando sea el único mecanismo para impedir un mal mayor, y que, en todo caso, los daños de poca monta o delitos bagatelares, no merecen castigo (Gómez Pavajeau, 2020)

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia Colombiana también ha acogido el principio de insignificancia como causal de absolución de cargos, y, aunque en sus decisiones se han evidenciado unas cuantas variaciones alusivas a la ubicación dogmática de dicha noción, se ha mostrado firme en el reconocimiento de la figura. La evolución de las concepciones que el ente colegiado ha adoptado, de acuerdo a lo rastreado por el profesor (Peláez Mejía, 2021). ha atravesado las siguientes líneas de pensamiento:

La falta de lesividad es un ingrediente negativo de la *tipicidad objetiva e implica* ausencia de imputación objetiva del resultado al comportamiento del agente. En decisiones del 13 de

mayo de 2009 (rad. 31362) y del 24 de febrero de 2010 (rad. 32872), el alto tribunal sostuvo que el juicio de imputación objetiva comprende una valoración *ex ante* de la conducta del sujeto, encaminada a establecer si éste creó un riesgo desaprobado para el bien jurídico, y una valoración *ex post*, tendiente a la comprobación de si ese riesgo se materializó en el resultado reprochable, lo cual conlleva una apreciación sobre la lesividad de ese resultado, por lo que la ausencia de una “significativa lesión o puesta en peligro del bien jurídico es un asunto que en un principio sería atinente a la tipicidad” (Peláez Mejía, 2021, págs. 23,28).

La falta de lesividad es un ingrediente negativo de la antijuridicidad material. En providencias del 8 de agosto de 2005 (rad. 18609), del 26 de abril de 2006 (rad. 24612) y del 5 de octubre de 2016 (rad. 40089), entre otras, el órgano colegiado aseveró que, en virtud del principio de intervención mínima, el carácter fragmentario del derecho penal, su calidad de *ultima ratio*, y su naturaleza subsidiaria o accesorio, el sistema punitivo únicamente debe intervenir en asuntos de especial gravedad y relevancia, en protección de bienes jurídicos realmente esenciales y, exclusivamente, cuando los otros medios de control se muestren incapaces de prevenir o solucionar los conflictos sociales, por lo que, “ante la insignificancia de la agresión ... [o] la levedad suma del resultado, es inútil o innecesaria la presencia de la actividad penal” (Peláez Mejía, 2021, pág. 15), pues comportamientos de esa índole no alcanzan a ser valorados como antijurídicos materialmente. En sentencia del 30 de abril de 2013, la entidad en comento reiteró tal criterio, pero anotó que, a la hora de determinar los límites entre lo intrascendente y lo significativo para el derecho penal, el fallador debe ser cauteloso, de tal manera que no deje sin protección a las víctimas de la conducta enjuiciada, máxime cuando se trate de personas que, por mandatos constitucionales u obligaciones de carácter internacional, posean un amparo reforzado de derechos (rad. 38103).

Postura ecléctica. En pronunciamientos del 27 de septiembre de 2017 (rad. 47862) y del 30 de junio de 2021 (rad. 49686) la corporación señaló que, para verificar la tipicidad de una conducta no es suficiente con la comprobación de su subsunción en el modelo descriptivo de la figura legal, sino que es indispensable constatar que el comportamiento sea idóneo para perturbar el bien jurídico tutelado, de lo que se deriva que “la tipicidad puede ser afectada por el principio de insignificancia” (Peláez Mejía, 2021, pág. 14), a lo que la entidad agregó que, lo dicho no impide que “la lesividad también pueda estudiarse en sede de antijuridicidad material, ya que si bien en algunas oportunidades la jurisprudencia ha conjugado tales conceptos, ello no es óbice para efectuar su análisis como principio político criminal y categoría dogmática independiente” (Peláez Mejía, 2021, pág. 15) Ahora, el alto tribunal no precisa, en qué casos, y por qué razones, debe optarse por efectuar el estudio de la insignificancia en uno u otro de los estratos del análisis dogmático, en sentencia del 29 de abril de 2020, al elaborar algunas consideraciones en torno a esta temática, la corporación empezó por afirmar que “no es antijurídica la conducta que no lesiona o pone en peligro efectivo, o no ofende significativamente un bien jurídico”, y luego, sin dar una explicación de fondo acerca de la alteración del enfoque, aseveró que “la tipicidad no se emplea solamente para verificar si una conducta se subsume objetivamente en un tipo penal; [sino que] también sirve para excluir aquellos casos en que no media conflicto o los que son intrascendentes”, para, finalmente, manifestar que “la lesión o peligro efectivo contra el bien jurídico como relación social protegida por la norma penal, es en últimas lo que permite dimensionar la antijuridicidad del comportamiento o su insignificancia” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. S50899, 2020), lo cual da la impresión de que, o el organismo acoge en ese pronunciamiento la tesis de la tipicidad conglobante propuesta por Eugenio Zaffaroni y por ende unifica en una categoría la tipicidad legal, entendida como la “adecuación

de la conducta a la individualización predominantemente descriptiva hecha en el precepto legal aislado, con su aspecto objetivo y su aspecto subjetivo” (Zafaroni, 1997, pág. 236) , y el tipo conglobante, “que requiere la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado mediante la comprobación de la antinormatividad por la contradicción de la conducta con la norma, conglobada con las restantes del orden normativo que integra” (Zafaroni, 1997, pág. 236) , o de forma antitécnica, separándolas conceptualmente, aborda en la práctica de manera conjunta la tipicidad y la antijuridicidad del comportamiento, olvidando que, en ese caso, de descartarse la primera de las figuras, innecesario sería adelantar estudio sobre la otra, puesto que, como afirma el profesor Velásquez (2017) “la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad están relacionadas lógicamente de tal modo que cada elemento posterior presupone al anterior” (Velasquez, Fundamentos de Derecho Penal Parte General, 2017, pág. 287) lo que significa que las figuras ubicadas en escalones superiores no pueden existir si su antecedente necesario no fue verificado.

Refractario a la doctrina de la función de protección subsidiaria de bienes jurídicos se muestra el profesor Günter Jakobs), para quien aquella tesis es incapaz de explicar los fenómenos a los que se refiere, ya que olvida que el derecho concierne a relaciones entre personas y no a relaciones entre bienes, y, además, en su parecer, es una postura que carece del potencial de moderación del poder punitivo que se le atribuye, puesto que, como bien jurídico puede ser proclamada cualquier entelequia, como la preservación de un partido político o la pureza de una raza humana, tal como ocurrió en Alemania a mediados del siglo pasado (Jakobs, Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal, 2003). De modo que, su papel reductor es simplemente aparente. Para el mentado catedrático, en realidad, la legitimación formal del derecho penal proviene de su coherencia o armonía con las normas de carácter constitucional, y la legitimación material, de su necesidad para la subsistencia de la forma de la sociedad y del

Estado, por lo que, en su opinión, no habría un contenido genuino para sus reglamentos, sino que sus contenidos posibles serían dictados por el concerniente contexto de regulación, del que hacen parte las realidades de la vida social y las disposiciones constitucionales. Bajo esa línea de ideas, asegura el autor, que el aporte del derecho penal a la preservación de la estructura social consiste en evitar que las exigencias legales, que son las que definen el orden de la comunidad, en caso de ser defraudadas, se den por perdidas, para lo cual genera una reacción punitiva que refuerza la vigencia de la norma y niega el valor del comportamiento desviado (Jakobs, 1997). Ese conjunto de premisas llevan al pensador en cita a colegir que, los casos de bagatela, o de insignificante lesión a bienes jurídicos, aún ameritan un tratamiento penal cuando constituyan una rebelión al ámbito central del ordenamiento<sup>4</sup>, pues conllevan la vulneración de principios elementales básicos e imprescindibles para la preservación de la sociedad (Jakobs, 1997) siendo ésta una insurrección que debe ser rechazada mediante la pena para impedir “una erosión general de la vigencia de la norma” (Jakobs, 2003, pág. 48)

Por el acento que se marca al disvalor de acto en la apreciación del injusto, se acerca esta propuesta a la elaborada al respecto por el profesor (Welzel, Derecho penal parte general , 1956), quien en sus tempranas publicaciones, aseveró que, la tarea central del derecho penal consiste en la defensa y promoción de los valores elementales de la vida en comunidad, para cuyo

---

<sup>4</sup> De la siguiente forma define el profesor Günter Jakobs (1997) el ámbito central del ordenamiento: “Hay normas mediante las cuales se puede (co-)definir la identidad de una sociedad, de un Estado o de una persona. Entre ellas se encuentran las normas centrales o nucleares del Código Penal, en la medida en que garantizan el derecho a la existencia de cada ciudadano y los principios del orden constitucional. Alrededor de este centro o núcleo de normas penales, cuyos límites sólo se pueden determinar difusamente, se encuentran círculos de normas derivadas («auxiliares») de importancia real o supuestamente decreciente, en las cuales el decrecimiento puede ir aproximando progresivamente el comportamiento normado a lo adecuado socialmente. En los círculos externos se trata ya sólo de evitar peligros abstractos (Ejemplo; conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas, § 316 del StGB) o de la garantía de que sigue siendo organizable el control estatal del comportamiento peligroso (ejemplo: circulación sin permiso de conducir, § 21, párrafos 1 y 2 de la StVG, vid. infra, acerca de la autorización oficial, 16/29). Cuanto menos evidente es la relación con el núcleo y cuanto más se aproxima el comportamiento antinormativo a lo adecuado socialmente, tanto menos necesario y con frecuencia asimismo tanto menos tolerable es reaccionar ante una infracción del modo en que se reacciona frente a la infracción de las normas del núcleo” (p.63).

aseguramiento el ordenamiento jurídico se vale de amenazas de pena que se impondrían a los individuos que faltaren, de manera grave, a esos compromisos. El tratadista en referencia sostuvo que al derecho punitivo no debe interesarle tanto el resultado de una acción sino, más bien, la constante tendencia del comportamiento humano, y que, de hecho, únicamente a través de la protección y refuerzo de la ética social, puede alcanzarse un amparo general y perdurable de los bienes jurídicos, por lo que debería el derecho penal concentrar sus esfuerzos en el moldeamiento de la conciencia moral, que asegura “el respeto por los bienes jurídicos es decir, la validez de los valores de acto” (Welzel, 1956, pág. 4) y no en el amparo actual de esos bienes, a lo que, generalmente, su influjo llega demasiado tarde, aclarándose, eso sí, que el profesor Hans Welzel), a diferencia de su discípulo Günter Jakobs, terminó por aceptar, como socialmente adecuadas, las lesiones corporales insignificantes, las privaciones de libertad irrelevantes, la organización no autorizada de un juego de azar de pequeñas cantidades, la periódica entrega de obsequios de escaso valor a funcionarios públicos en festividades, las conductas simplemente indecorosas o impertinentes de los delitos contra la honestidad, entre otros, lo que no quiere decir que esos comportamientos sean ejemplares, sino que se mantienen dentro del campo de la libertad de acción social, cuya delimitación de fronteras no es una sencilla labor (Welzel, 2004).

### Capítulo III

#### Descripción de Hallazgos y Análisis de la Información Recolectada

Tras encuestar a los titulares de los despachos judiciales que se seleccionaron como muestra para la investigación, se identificó una primera línea de pensamiento que atribuye al derecho penal la función de protección de bienes jurídicos, y propone la aplicación del principio de oportunidad para delitos de afectación mínima a bienes jurídicos individuales y colectivos, señalando que, es la proporcionalidad de la respuesta punitiva del Estado en relación con la gravedad del daño causado por el infractor, lo que define la procedencia de esa figura.

La segunda postura registrada asigna al derecho penal la misión de control social, cuyo ejercicio considera indispensable frente a acciones que afecten el orden o el *statu quo*. Con este punto de partida, concluye el partidario de esta tesis, que es el legislador quien tiene potestad para definir lo punible y, por ende, en principio, todo comportamiento que se ajustare a un tipo penal tendría que ser castigado. No obstante, admite que aquello no excluye el empleo de figuras como el principio de oportunidad y la justicia restaurativa, las cuales, en el caso del hurto, cabrían en los eventos en los que el valor de lo apropiado no supere el salario mínimo legal mensual vigente, pero nunca serían aplicables a los delitos dolosos de lesiones personales, que

siempre merecen tratamiento punitivo, independientemente de la naturaleza o intensidad de la lesión al cuerpo o a la salud del sujeto pasivo.

La tercera de las posiciones examinadas concibe el derecho penal como el más drástico instrumento de control social dirigido a presionar a los individuos para que se comporten de acuerdo a reglas de conducta preestablecidas. Para el defensor de estas ideas, la conducta bagatela es aquella que, por constituir un ataque irrelevante a los bienes jurídicos, no requiere de la intervención penal sino de la contravencional impulsada por autoridades administrativas, a lo que anota que su definición no tendría que quedar a merced de los operadores judiciales y tendría que ser el legislador quien perfilara la noción. Ahora, como aquella es una tarea aún pendiente, señala que la preclusión de la investigación y la aplicación del principio de oportunidad son herramientas procesales adecuadas para el abordaje de este tipo de asuntos, que conciernen no sólo a las lesiones insignificantes de bienes jurídicos individuales, sino también a las que escasamente afectan los de carácter colectivo. Respecto al hurto, afirma que el valor insignificante del objeto hurtado, cuya definición requiere de un análisis profundo de cada caso, da lugar a una conducta bagatela (se da como ejemplo el apoderamiento de un objeto material de un costo comercial, aproximado, de \$6.300), pero aclara que, si ese comportamiento está calificado por la violencia, sí constituiría delito, a causa del mayor reproche de la conducta y el resultado. En cuanto a las lesiones personales propone que las incapacidades para trabajar inferiores a 10 días y las enfermedades de igual proporción, sean tratadas como casos de insignificancia, aunque precisa que, si se trata de una agresión efectuada por un hombre a una mujer, se configuraría el delito.

El cuarto enfoque inventariado concibe la protección de la paz social como la central función del derecho penal, por lo que sostiene que, dicho sistema establece normas coercitivas

que instigan a los individuos a no realizar conductas que afecten el conglomerado social, protegiendo necesidades e intereses personales y colectivos, a lo que agrega que, en el caso de estos últimos (bienes jurídicos colectivos), una conducta de resultado bagatelar, por su carencia de lesividad, no amerita un tratamiento punitivo, mientras que en el caso de los primeros (bienes jurídicos individuales) sí se requiere de la intervención punitiva, y esto incluye los delitos de hurto y lesiones personales.

En la quinta de las posiciones judiciales examinadas se atribuye al derecho penal la función de regulación de la conducta humana a través de la imposición de sanciones racionales a comportamientos delictuales, se considera que es el principio de oportunidad el que debe aplicarse tanto para ilícitos que afectan de forma insignificante bienes jurídicos individuales como los que vulneran mínimamente los de carácter colectivo, y se proponen como criterios a tener en cuenta a la hora de definir la viabilidad de la figura, la no reincidencia del autor, la baja intensidad del daño ocasionado y la eventual influencia de bebidas alcohólicas que pudieren exaltar el ánimo de un individuo que normalmente no es agresivo.

Este panorama permite identificar algunos puntos de tensión a los que vale la pena dedicar algunas reflexiones. El primero de ellos concierne a la vaguedad legislativa. Debe recordarse que:

El legislador ... al crear el derecho, al crear las normas jurídicas, utiliza una técnica de motivación indirecta, que consiste en lo siguiente: el legislador le habla al juez, que es el llamado a imponer la sanción, pero no le habla al oído; le habla de lejos y en tono fuerte, para que los particulares, al escuchar ese mensaje, que el legislador le está enviando directamente al juez, puedan inferir, deducir sus deberes (*Solano Velez, 2016, pág. 27*)

Para que ese mensaje sirva a los intereses sociales, debe ser redactado en términos comprensibles, ya que, de no ser así, es altamente probable que sus destinatarios terminen adoptando pautas de comportamiento diversas a las proyectadas, y es que, aún el individuo que haya sido persuadido de no infringir prohibiciones y mantenerse fiel a los mandatos que le conciernen, ante la oscuridad del lenguaje normativo, fácilmente podría incurrir en una falta que hubiese interpretado como ajustada a derecho y, pese a que es cierto que el sistema prevé reglas que permiten solucionar dogmáticamente esa clase de supuestos (numeral 11 del artículo 32 del Código Penal), también lo es que aquel tipo de deficiencias disminuyen el poder preventivo que al derecho penal pretende atribuirse (artículo 4 del Código Penal), pero además, ocurre que la ininteligibilidad de los recados normativos conduce a la arbitrariedad de las decisiones judiciales y, por ende, a su injusticia.

Una de las formas patológicas del lenguaje, que lo pueden hacer comunicativo, en lugar de comunicativo, es la de la vaguedad, que implica que no exista certeza acerca del significado de las expresiones empleadas, lo que quiere decir que no hay clara delimitación de la realidad conceptual a la que se pretende hacer referencia con aquellas (Solano, 2016, p. 56-57).

En la ley colombiana es escasa y deficiente en la regulación de las conductas bagatelares. Los artículos 9 y 11 del Código Penal, con fundamento en el principio de lesividad, establecen que, para que un comportamiento sea punible, es indispensable (entre otras cosas) que haya lesionado o puesto en efectivo peligro, sin justa causa, un bien jurídico, y el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, en sus numerales 9 y 11 prevé, como criterios a tener en cuenta para la evaluación de causales para la aplicación del principio de oportunidad, la poca significativa afectación de los bienes jurídicos de la administración pública o de la recta administración de justicia, y la afectación mínima de bienes colectivos, pero ninguno de los dos

estatutos mencionados ofrecen pautas o pistas para determinar cuál es la intensidad del daño que haría que una conducta sea significativa y, de contera, qué magnitudes de lesión no ameritarían tal calificación. La jurisprudencia nacional tampoco brinda mayores insumos, pues, a excepción de los asuntos de violencia intrafamiliar frente a los cuales la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sí ha propuesto un conjunto de materias que, de manera general, pueden definir si una conducta fue o no lesiva del interés jurídico materia de amparo (Radicación 46935. 20 de marzo de 2019), ese órgano colegiado ha optado por abordar las discusiones que sobre el particular se le han presentado con un estilo casuístico que únicamente permite resolver futuros debates que sean análogos, en los aspectos fácticos fundamentales, a los ya resueltos por la entidad, además de aquellos en los que sea posible calcular el grado de afectación del bien jurídico correspondiente como menor a los ya reputados como insignificantes por dicha institución, o como mayor a los ya nominados como significantes por la misma, pero deja librado a la total arbitrariedad cualquier otro asunto.

Tómese como ejemplo la providencia proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia el 30 de abril de 2013 al interior del proceso de radicado 38103, en la que, sin dar explicación al respecto, se sostuvo que, unas lesiones personales dolosas, ocasionadas a una mujer, y que le implicaron 5 días de incapacidad para laborar, no pueden ser consideradas como de suma levedad, irrisorias o insignificantes, por lo que se casó la sentencia absolutoria impugnada y, en su lugar, se profirió condena en contra del encausado. Con ese punto de partida, y dado que el sistema colombiano de fuentes normativas no ofrece pautas para abordar este tipo de problemas, al definir un proceso, en el que se estuviere judicializando a un individuo por causar a una dama 5 días de incapacidad, nada obstaría para que el director del trámite y fallador señalare que es ésta una cifra que está por debajo de la reputada por el alto tribunal como

significativa y, al tener una estrecha cercanía con la menor de las incapacidades posibles (1 día), podría estimarse como bagatelar, pero tampoco existiría impedimento alguno para que, otro juez, que tuviere que decidir un caso idéntico, afirmare que, en materia de lesiones personales, la únicas conductas calificables de insignificantes son aquellas que provoquen la mínima de las factibles incapacidades (1 día), por lo que, los 5 días no resultarían nimios o irrelevantes, y esto es así porque, si a la noción de insignificancia no se vinculan aserciones empíricas (tal y como ocurre en el ordenamiento jurídico colombiano), cualquier pronunciamiento que se hiciera al respecto sería ajeno a la verificación y a la refutación, puesto que consistiría en un puro juicio de valor que, por definición, no es susceptible de ser cualificado como verdadero o falso, ya que éstos son atributos exclusivos de los juicios de hecho (Ferrajoli L. , Derecho y razón, 1995).

“La consecuencia de lo anterior es la de la contaminación subjetivista de los presupuestos de hecho de la pena” (Ferrajoli L. , Derecho y razón, 1995, pág. 99), pues en todo asunto en el que se debata la lesividad de un comportamiento, sería el juez, con su particular cosmovisión, sus prejuicios y sesgos, quien determinaría cuál sería la intensidad de afectación de un bien jurídico que resultaría relevante para el derecho penal y, bajo ese orden de ideas, de ser esa postura judicial adversa a los intereses de alguno de los extremos en litigio, no le quedaría a éste más remedio que pedir clemencia (Ferrajoli L. , Derecho y razón, 1995)., pues, se insiste en que, al carecer de toda referencia empírica o, como mínimo de indicadores de obligatorio sopesaje ( por parte del juez, las conclusiones a las que llegue este último no podrían ser objetadas racionalmente sino que, a lo sumo, un alegato o un medio de impugnación se formularía con la esperanza de que el operador judicial al que se dirige, casualmente, coincida con lo expuesto o, en su defecto, sea conmovido por el discurso.

Ahora, debe resaltarse que, la vaguedad de la reglamentación en materia del principio de insignificancia es un problema de importante calibre, y es que, con la indeterminación, se está facultando a cada uno de los titulares de la función jurisdiccional para moldear, a su discreción, uno de los umbrales de lo punible, quedando evidenciado en la presente investigación que, por lo menos en el sur del Valle de Aburrá, esa tarea no se adelanta de forma equitativa, pues unos jueces suben y otros bajan los estándares para su definición y, aunque se reconoce que el derecho a la igualdad no implica que a todos se les suministre un trato idéntico pues, por el contrario, exige que se ofrezcan medidas diferenciales para superar las desmedidas desigualdades que puedan existir, dicha garantía sí demanda que, a las situaciones semejantes en los aspectos esenciales, se les apliquen las mismas disposiciones, resaltándose que, entre los despachos judiciales que se tomaron como muestra, existe una marcada disparidad de criterios para afrontar asuntos de esta naturaleza, lo cual impide que, en la práctica, se materialice el derecho a la igualdad (artículo 13 de la Constitución Política en concordancia con el canon 7 del Código Penal) que, como se expuso en el acápite inicial, no es una aspiración social menor o secundaria, ya que de él dependen la dignidad humana, la democracia y la paz, resultando especialmente preocupante, no sólo que el operador jurídico, con posterioridad a los hechos, vaya a construir la norma con la que se evaluará la conducta del encausado, lo que transgrede el mandato del artículo 6 del Código Penal, sino que el destino de un individuo procesado termine por depender de su suerte en el reparto de la causa entre los despachos de la localidad, o de haber cometido la falta que se le atribuye unos metros más al sur, al norte, al oriente o al occidente.

Es por ello que el profesor Luigi Ferrajoli, tras afirmar que una de las dos causas que propician el despotismo penal es la del “carácter indeterminado y/o valorativo de la definición legal de la desviación” (Ferrajoli L. , Derecho y razón, 1995, pág. 46), precisa que el principio de

estricta legalidad o taxatividad penal, entendido como “la obligación de que la ley defina «expresamente» las características del hecho delictivo, de modo que se señale exactamente su ámbito y se haga posible su aplicación mediante tesis judiciales verificables y refutables jurídicamente” (Ferrajoli L. , Derecho y razón, 1995, pág. 705), constituye la garantía central del encausado frente al arbitrio , aunque, eso sí, el mencionado autor admite que un derecho penal que satisfaga a plenitud ese ideal es una utopía a la que es indispensable aspirar pero fantasioso y riesgoso creer que es factible arribar (Ferrajoli L. , Derecho y razón, 1995). pues, citando a Herbert Hart, asevera que, dado que las normas se expresan a través del lenguaje, en todas ellas existe un núcleo duro y claro de significado y una zona de penumbra que agrupa los casos debatibles o difíciles, en los que los mandatos “no son obviamente aplicables ... pero tampoco claramente excluibles” (Ferrajoli L. , Derecho y razón, 1995, pág. 122) y ello abre una brecha “insuprimible de incertidumbre y, por tanto, de discrecionalidad en la interpretación de la ley” (Ferrajoli L. , Derecho y razón, 1995, pág. 122), ante lo que especifica que, esa área sombreada puede estrecharse o dilatarse, y sus dimensiones dependen de la precisión de las palabras que emplee el legislador, lo cual lleva a recordar que las cláusulas legislativas gaseosas “imposibilitan delimitar la materia de la prohibición y ... se tornan en aptas para no ser aplicadas o serlo a cualquiera” (Velasquez, 2020, pág. 404) y que, según el catedrático Jhon Finnis, “no hay una escala racional con la que poder «pesar» los bienes y los males que se nos aparecen ... cuando se trata de resolver un «caso difícil»” (Atienza, 2013, pág. 579) por lo que, la incorporación de valoraciones a las consideraciones jurídico penales, termina por reducir la objetividad de la decisión, ahora, como a los operadores judiciales no sólo se les encomienda la tarea de verificar la verdad jurídica y fáctica de una imputación dada, sino que, una vez comprobada aquella, también se les exhorta a calificar la gravedad o levedad del

comportamiento, y ello implica, necesariamente, valoraciones subjetivas (Ferrajoli, Derecho y razón, 1995). para que dicha actividad no quede librada totalmente al capricho del juez y se propicie, en algún grado, la posibilidad de debatir sus decisiones, resulta indispensable que se establezcan criterios de obligatoria estimación que exijan al operador judicial una reflexión más o menos acabada y completa del asunto, cuyo desarrollo de premisas y conclusiones no podría darse por sobreentendido sino que tendría que estar incorporado al cuerpo de la providencia para así poder ser criticado (Ferrajoli, Derecho y razón, 1995), anotándose que, pese a que es cierto que no podría quedar ello consignado en una lista cerrada, pues la cantidad de detalles que pueden hacer más leve o grave un comportamiento humano es abundante y escapa a una definitiva predeterminación legal (ibíd.), aquello no supone que el asunto tenga que abandonarse a la indeterminación, por el contrario, la legislación debería señalarle al juez, en principio, qué aspectos de la compleja realidad tendría que tomar en consideración para definir la trascendencia o nimiedad de un hecho, dándole contorno así a ese vago concepto de la insignificancia, y, sólo si el juez distingue alguna otra característica de relevancia para resolver la cuestión, cumpliendo una carga argumentativa que justifique el trato diferencial, podría integrarla a las apreciaciones base de su decisión, y es que, de no hacerse así, como sucede en Colombia, se estaría facultando al fallador para que seleccione, a la medida de sus propias convicciones, qué elementos dan trascendencia penal a un comportamiento humano y cuáles lo hacen irrelevante.

El segundo punto problemático que se pretende abordar es el de la legitimidad de las decisiones. Debe resaltarse que el Código Penal colombiano fue promulgado el 24 de julio del año 2000, y eso quiere decir que la mencionada indeterminación legal lleva más de 22 años, lo cual genera la impresión de que, o al legislador le es indiferente este asunto, o con su silencio ha delegado en los jueces la labor de establecer, libremente, el límite entre las lesiones o puestas en

peligro de bienes jurídicos relevantes para el derecho penal y las que no lo son, lo cual resulta, cuando menos, contrario al principio de separación de poderes (artículo 113 de la Constitución Política), que, como ha señalado la Corte Constitucional:

Trata de contener la posibilidad de que los poderes que se encuentran atados a la esfera pública y que detenta el Estado... puedan ser concentrados en una sola persona y, en consecuencia, ejercerse de forma arbitraria. [Y es que, no debe olvidarse que, el] ... abuso de poder público está directamente relacionado con el peso específico que adquiere, de modo que es menor la posibilidad de que ocurra cuando aquella es claramente distribuida, de manera que quien la ejerce lo hace paritariamente con otras fuerzas que contienen la suya (Corte Constitucional de Colombia, C253 de 2017)

Respecto a la convergencia de los poderes de creación normativa y judicialización, siempre vale la pena recordar la ácida crítica que formuló en su contra el profesor Juan Antonio García Amado. Sus palabras fueron las siguientes:

La única 'verdad' moral que yo acepto por encima de mis convicciones morales es la decisión democrática de la mayoría de mis conciudadanos, pero con la paradoja de que esa decisión no se legitima por ser la de contenidos objetivamente verdaderos, sino por ser la de la mayoría, la misma mayoría de la que tal vez yo pueda formar parte otro día y cuando las tornas cambien un poco... yo no me someto a la verdad moral de ningún juez, ni el más alto, cuando desde ella se enmienda la decisión mía o de mis conciudadanos...yo puedo admitir que la ley que nace del juego político de todos en libertad y de acuerdo con los derechos políticos constitucionalmente consagrados, diga qué acciones mías están jurídicamente permitidas y cuáles no o que sean tales o cuales las consecuencias de estas o aquellas conductas propias. No permito, en cambio, que eso lo

determine desde su moral un juez... porque los jueces, aquí, en el Estado constitucional y democrático de Derecho, ni ejercen un poder suyo absoluto ni sentencian en nombre de ningún monarca absoluto... tampoco disponen de ningún acceso privilegiado a la Razón, la Verdad o la Justicia... los jueces son gentes de carne y hueso como yo y que ejercen una función y una potestad superior a la mía, sí, pero que no es la potestad ni de legislar para someterme a mí, ni la de gobernar por encima de los gobiernos legítimos... ni la de dictaminar en qué son errados y en qué acertados mis juicios morales. (*García Amado, 2017, pág. 136*)

Pues bien, no debe obviarse que los que apoyan la tesis opuesta, es decir, aquellos que, como el profesor Carlos Nino, sostienen que es legítimo y deseable que el juez ostente una amplia y generalizada potestad para definir las disposiciones con las que resolverá un caso, pues, estiman que “las normas jurídicas no son, por sí solas, razones justificativas autónomas de las decisiones ... [y] el razonamiento jurídico está abierto a las razones morales” (Ferrajoli L. , *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista, 2015, pág. 534*) en realidad procuran alcanzar, por esa senda, la justicia material, pero se considera que con el modelo por ellos propuesto lo que se genera es arbitrariedad, alejando la dogmática penal de una de sus funciones elementales, que es el posibilitar la “aplicación segura y calculable del derecho penal” (Velasquez, 2017, pág. 15). Y es que, para ilustrarlo con el asunto que compete a esta investigación, al sostenerse que, con base en el principio de lesividad, pero sin ningún criterio sólido para orientarse, puede el juez de la causa determinar que en el caso concreto la afectación o puesta en peligro del bien jurídico fue insignificante y, por ende, la conducta evaluada atípica o no antijurídica (según el modelo que se adopte), lo que se está proponiendo es el revestimiento del fallador con la potestad de creación normativa, debilitando “el carácter tendencialmente

cognoscitivo de la jurisdicción, en el que reside su fuente de legitimación” (Ferrajoli L. , Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista, 2015, pág. 563) pues, contrariando el postulado democrático (artículo 1 de la Constitución Política), que exige que las reglas esenciales del ordenamiento sean fijadas en espacios mediados por el ejercicio de la soberanía popular (artículos 3 y 103 y siguientes, *ibidem*), se pretende que el funcionario judicial, después de los hechos (violación al principio de legalidad; artículo 6 del C Penal), discrecionalmente (pues no se le ofrece siquiera una pauta a seguir), y obviamente de forma inequitativa (cada juzgado tendría baremos valorativos diversos), defina cuál es la intensidad de afectación o puesta en peligro que, a la luz del carácter fragmentario del derecho penal, justifica la imposición de una sanción de esta naturaleza, resultando imperativo recordar que:

También las normas y los juicios (a nuestro parecer) más inmorales e injustos son considerados ‘justos’ por quien produce tales normas y formula tales juicios, y expresan, por ende, contenidos ‘morales’, que, aunque (a nosotros nos) parezcan disvalores, son considerados ‘valores’ por quien los comparte” (*Ferrajoli & Ruiz Manero, Un debate sobre principios constitucionales, 2014, pág. 29*)

Por lo que, no es la pretensión de justicia (siempre sesgada e ilusoria), sino el proceso democrático de su instauración, el que legitima la aplicación de las normas de nuestro ordenamiento jurídico, como pacto social de racionalización de la convivencia, al que nos adherimos.

El tercer punto de tensión que se ha detectado con el rastreo de criterios efectuado en los juzgados que sirvieron de muestra, es el de la ambigüedad de las disposiciones normativas, la cual ha llevado a los operadores judiciales a la aplicación de consecuencias muy diversas (ausencia de responsabilidad penal vs viabilidad para la aplicación del principio de oportunidad)

para la figura dogmática de la insignificancia. La ambigüedad o equivocidad, implica que los términos o expresiones que se empleen en un mensaje pueden ser entendidos en varios sentidos pues poseen múltiples significados (Solano Velez, 2016). En materia de insignificancia el equívoco normativo surge de la lectura dada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana al artículo 11 del Código Penal (subregla jurisprudencial) y su contraste con los cánones 322 y 324 del Código de Procedimiento Penal, pues, como se expuso líneas atrás, según ese alto tribunal, la función de protección subsidiaria de bienes jurídicos del derecho penal, su naturaleza fragmentaria y la prohibición de excesos en su aplicación, llevan a concluir que las lesiones insignificantes a bienes tutelados no son típicas o antijurídicas, o ninguna de las dos (recuérdese que el órgano colegiado ha adoptado tres posturas al respecto) y, por ende, no dan lugar a responsabilidad penal para su autor, y los dos últimos enunciados normativos referenciados, lo que señalan es que el principio de oportunidad es una figura procesal que, bajo el cumplimiento de ciertas condiciones, habilita a la Fiscalía General de la Nación para suspender, interrumpir o renunciar a la persecución de los autores y partícipes de hechos que revistan las características de una conducta punible, es decir, que sean típicos, antijurídicos y culpables (artículo 9 del Código Penal), estableciéndose, como eventos en los que es viable su aplicación, entre otros, dos supuestos que hacen expresa alusión a conductas que provocan afectaciones poco significativas, o mínimas, a los bienes jurídicos que protegen los tipos penales en los que se haya incurrido (numerales 9 y 13 del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal), y otros dos supuestos que, de forma indirecta, se refieren a ello, pues uno concierne a delitos con sanciones menores (numeral 1, ibídem) que, como se sabe, se cuantifican, entre otras cosas, por el disvalor de resultado, y el otro alude a delitos contra el patrimonio económico que

tenga por objeto material un activo en alto grado de deterioro (numeral 10, ejusdem), cuya pérdida, en consecuencia, no implicaría una significativa lesión al mencionado bien jurídico.

Pues bien, aunque en Colombia a los pronunciamientos judiciales de los tribunales de cierre se les ha reconocido fuerza normativa (Sentencias C-836 de 2001, C-335 de 2008, C-621 de 2015 y SU-354 de 2017 de la Corte Constitucional), ocurre que aquella vinculatoriedad es apenas derivada, pues cualquier subregla jurisprudencial que se confeccione debe tener como sustento la Constitución y la Ley, y, por ende, su validez material resulta limitada por el sentido que las reglas de interpretación del ordenamiento jurídico permitan extraer de dichas fuentes, y esto lleva a concluir que, la aparente antinomia reseñada líneas atrás, por lo menos para los casos de hurto y lesiones personales (que son los que conciernen al presente estudio), debe ser resuelta en favor del principio de insignificancia como eventual causal de aplicación del principio de oportunidad, y es que se estima que, en abierto quebranto de lo dispuesto por el artículo 27 de la Ley 57 de 1887, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia le ha dado un alcance al artículo 11 del Código Penal que desatiende el tenor literal de la norma, lo cual está vedado en vista de que el mismo es claro en señalar que, es la lesión del bien jurídico tutelado por la ley penal, y no la significativa afectación del bien jurídico como pretende el alto tribunal, lo que da lugar a la antijuridicidad de la conducta, siendo éste un factor que suprime la validez material de la subregla jurisprudencial.

Ahora, se es consciente de que, según lo precisado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-054 de 2016, aun existiendo claridad normativa, una disposición legal puede ser inaplicada si riñe con un postulado constitucional, o acaso reformulada si es posible ofrecer una adaptación de la misma que sea compatible con la Carta Política, y que es precisamente una razón constitucional, como lo es la prohibición del exceso, reflejada en el principio de

proporcionalidad, la que se formula como base del reconocimiento de la insignificancia de la lesión del bien jurídico como causal de ausencia de tipicidad o antijuridicidad, pero es que sucede que, si se revisa la reglamentación de los delitos de lesiones personales y hurto, se encuentra que para dichas ilicitudes, en sus versiones más básicas (artículos 111, 112, 239 y 268 del Código Penal) pues las agravadas por el resultado difícilmente podrían considerarse insignificantes, se han previsto penas de prisión mínimas de 16 meses y ello significa que, a la luz de lo dispuesto por el artículo 63 del Código Penal, si el autor de una de esas conductas carece de antecedentes penales, se le suspendería la ejecución de la pena por un periodo de 2 a 5 años, y durante ese lapso las únicas obligaciones especiales que tendría que observar serían las de informar todo cambio de residencia al juez que vigile su condena y comparecer ante él cuando sea requerido para ello, observar buena conducta, reparar los daños ocasionados con el delito (a menos que demuestre que está en imposibilidad económica de hacerlo), y no salir del país sin previa autorización del funcionario que vigile la ejecución de su pena (artículo 65 del Código Penal), procediéndose a extinguir la condena y tenerse como definitiva la liberación si el responsable cumple con sus compromisos durante el tiempo fijado. Ahora, si el sujeto activo de la conducta criminal tuviere antecedentes penales por delito doloso cometido dentro de los 5 años anteriores, el juez podría aún concederle el subrogado en mención si su vida personal, social y familiar sugieren que no existe necesidad de ejecución de la pena, y, en el peor de los casos, tratándose del delito de lesiones personales, purgaría su falta con 16 meses de prisión domiciliaria (artículo 38B del Código Penal), y si fuere el de hurto, con 32 meses también en su residencia (habría perdido la atenuación del artículo 268, *ibidem*) o 16 meses si indemnizó (canon 269, *ejusdem*), concluyéndose, con base en ese grupo de consideraciones, que la legislación colombiana no prevé sanciones excesivas para ese par de comportamientos

desviados, pues quien afirme que es desproporcionado exigir a quien lesione, así sea de forma insignificante, bienes fundamentales de sus semejantes, como lo son la integridad personal (Sentencia SU-200 de 1997<sup>5</sup>) y el patrimonio (Sentencia T -553 de 1993<sup>6</sup>), que repare los daños que causó, observe buena conducta, reporte su lugar de residencia, no salga del país sin autorización y atienda los requerimientos judiciales, todo por un periodo de tiempo limitado (que va de 2 a 5 años), o, en el caso más drástico, debido a su reincidencia criminal, pase de 16 a 32 meses en reclusión domiciliaria, no es un defensor de derechos sino un adversario del orden social, pues nótese que, quien enfrente su primera condena podría continuar, sin alteración alguna, su proyecto de vida y, escasamente, se vería llamado a cumplir unas ligeras condiciones, y el que ya tuviere un prontuario delincencial no enfrentaría el rigor de una penitenciaría, y estaría justificada la restricción domiciliaria de su libertad por las repetidas perturbaciones ocasionadas en abuso de su ejercicio (numeral 1 del artículo 95 de la Constitución Política), resaltándose que, en todo caso, por regla general, el propio hogar es un refugio y un lugar para el descanso, en el que el individuo puede disfrutar de uno de los bienes más preciados de la existencia que es la familia, verificándose que el peso de esas medidas no es cuestionable por su dimensión e intensidad y, por el contrario, se encuentra legitimado por la protección de intereses fundamentales que subyacen a la creación de los tipos penales respectivos, no debe olvidarse

---

<sup>5</sup> *"En cuanto a la integridad personal, valor cuya jerarquía es cercana al de la vida y cuyas violaciones casi siempre la ponen en peligro, se relaciona con la preservación del sujeto en sus componentes físicos, psicológicos y espirituales, los cuales se hallan integrados en un conjunto armónico que justamente constituye la esencia del ser humano. Tales elementos y el todo resultante de su articulación deben permanecer inalterados por agresiones, torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, ataques y lesiones, por acción u omisión de autoridades o particulares. El derecho a la integridad personal se deriva directamente de la consideración y el respeto que merece el ser humano en su esencia por razón de su dignidad intrínseca, que resulta ofendida en alto grado por cualquier forma de maltrato moral o material".*

<sup>6</sup> *"El patrimonio de las personas es un derecho fundamental constitucional porque a falta de él, el hombre no podría cumplir su cometido de ser social, ya que lo necesita para realizarse como tal y ha de contar con él para atender por lo menos las exigencias económicas de supervivencia suya y de su núcleo familiar".*

que, como bien señaló el profesor Jhon Rawls, una comunidad humana viable establece reglamentos para la coexistencia y, cuando se presentan infracciones en contra de esos estatutos, pone en marcha fuerzas estabilizadoras que previenen violaciones ulteriores y procuran restaurar el orden (Rawls, 2012).

Recapitulando, se indicará que, en el caso de los delitos de hurto y lesiones personales, aún si las respectivas lesiones son mínimas, las consecuencias penales para el autor de los comportamientos no son excesivas y, por ende, acudir, como la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, a una lectura que desatienda el tenor literal del artículo 11 del Código Penal sería contrario a las reglas de interpretación del ordenamiento jurídico, pues no existe norma de mayor jerarquía que exija la reformulación del postulado contenido en ese canon normativo, y ello implica que, frente a la aparente antinomia estudiada, tendrá que prevalecer la disposición que concibe el principio de insignificancia como uno de los eventos en los que es viable aplicar el principio de oportunidad, la cual, además, se considera más apropiada por las siguientes razones:

Aseverar que un hurto o una lesión personal de baja intensidad es un comportamiento que carece de tipicidad o antijuridicidad, implica excluir el mismo del sistema de procesamiento penal, y, aunque es posible que se opte por acudir a la jurisdicción civil para resolver el conflicto, una postura de este talante aumenta la probabilidad de que se recurra a la venganza privada (con su tendencia a los excesos) para responder a la agresión sufrida, además de que suprime un importante factor de inhibición para la vulneración de los bienes jurídicos de la integridad personal y el patrimonio de terceros. Por el contrario, el mantener esas figuras como asuntos de interés para el derecho penal, puede, aunque no con perfecta eficacia, reducir esos ciclos de barbarie, recuérdese que:

La ley penal se dirige a minimizar esta doble violencia, previniendo mediante su parte prohibitiva la razón de la fuerza manifestada en los delitos y mediante su parte punitiva la razón de la fuerza manifestada en las venganzas u otras posibles reacciones informales  
*(Ferrajoli L. , 1995, pág. 335)*

Por su parte, si la insignificancia se vincula al principio de oportunidad, en especial si éste se emplea en su modalidad de suspensión del procedimiento a prueba (artículos 325 y 326 del Código de Procedimiento Penal), no genera la impresión de impunidad que puede estimular el delito o la venganza, pues para acceder a sus beneficios el implicado tiene que demostrar un verdadero interés de resocialización, procurar la reparación de las víctimas y prestar servicios a la comunidad.

La consagración de la tentativa (artículo 27 del Código Penal) como dispositivo amplificador del tipo que extiende, hasta la etapa ejecutiva del comportamiento, las barreras de protección del derecho penal colisiona de forma directa con la concepción del principio de insignificancia como causal de ausencia de tipicidad o antijuridicidad, y es que, de tenerse esta última por válida se llegaría al absurdo de juzgar como penalmente relevante una conducta inequívocamente dirigida a consumir el delito pero que resulta frustrada por circunstancias ajenas a la voluntad del autor de la misma y que, en últimas, no perjudicó, ni en milimétrica cuantía, el respectivo bien jurídico, y como asunto sin trascendencia penal un comportamiento que sí lo afectó, así sea mínimamente, lo que implicaría una contradicción dogmática que transgrede la completitud lógica, que es una de las 3 reglas básicas que debe seguir el sistema normativo (Zaffaroni, 2006). Se reconoce que para superar esa paradoja bastaría con acudir a una noción similar a la que Claus Roxin denominó “imprudencia insignificante” (Roxin, 1997). Considerando que la intención de provocar pequeños daños a un bien jurídico no es de interés

para el derecho penal, pero los problemas que en la casuística ello generaría no parecen hacer recomendable la adopción de una figura de esa naturaleza pues, piénsese, por vía de ejemplo, en unas lesiones personales causadas con un proyectil de arma de fuego, evento en el cual, a menos de que se trate de un disparo efectuado a quemarropa, el autor de la agresión siempre podría alegar que su intención era la de, escasamente, rozar la piel del individuo lesionado y, tomando en cuenta que, es cierto que, a distancia, una desviación milimétrica del cañón conlleva una modificación importante de la trayectoria de la bala, y por ende, la teoría del error sería al extremo plausible, todo caso de este género quedaría degradado a una culpa consciente (numeral 10 del artículo 32 del Código Penal), o repárese en las discusiones inagotables, e irresolubles en la mayoría de casos (por las limitaciones probatorias que existen al respecto), que se entablarían en torno a la cantidad de dinero que, en realidad, pretendía hurtar un sujeto que fuese aprehendido en el instante en que está llenando sus bolsillos con el botín pero a los que apenas ha depositado una suma ínfima, pues, salvo que posea un bolso vacío que evidencie que aspiraba cargar un enorme monto, siempre podría aseverar que únicamente se aprestaba a apoderarse de esa cifra que, en sí, podría ser calificada como insignificante.

Como adujo el profesor Yesid Ramírez Bastidas en el salvamento de voto que formuló frente a la decisión proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 13 de mayo de 2009, al interior del proceso con radicación 31362, en la legislación colombiana existen múltiples comportamientos desviados que, sólo a partir de alguna cuantía específica, se consideran delictuales, como las diversas manifestaciones del contrabando (Capítulo 4 del Título X del Código Penal), el acaparamiento (artículo 297, *ibídem*) y la usura (artículo 305, *ídem*), y también existen numerosas figuras típicas en las que no se impuso un límite mínimo de afectación al bien jurídico para calificar un comportamiento como punible, siendo ello producto

de la función privativa de configuración del ordenamiento jurídico de la que goza el legislador, cuyas determinaciones sólo podrían ser cuestionadas en sede judicial si se encontrare que transgreden el texto fundamental, por lo cual:

No es plausible que el intérprete concluya que debido a la insignificante cuantía de la pretensión extorsiva, la exigua cantidad de dólares falsificados, la poca incidencia del constreñimiento al elector en el resultado final del proceso electoral, o el ínfimo valor del contrato otorgado por la administración con violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, para sólo citar algunos ejemplos, se pueda concluir que no existe antijuridicidad material de la conducta o que ella no es típica, porque en todo caso se está realizando el supuesto de la norma y el bien jurídico está siendo atacado de manera tal que requiere protección penal. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. S31362, 2009)

Aunque es verdad que los inconvenientes valorativos, en últimas, no serían suprimidos de la práctica judicial con el confinamiento de los temas de insignificancia a los espacios de discusión de la viabilidad de la aplicación del principio de oportunidad, pues al fin de cuentas un juez de control de garantías tendría que emitir sus apreciaciones al respecto (artículo 327 del Código de Procedimiento Penal), se considera que aquella es una figura procesal que no introduciría imprecisiones y puntos de incertidumbre a la dogmática penal, de la cual se espera un alto grado de claridad y exactitud a efecto de que un procesamiento penal que sea llevado hasta el juicio goce de auténticas garantías.

Debe resaltarse que, se entiende y se comparte la preocupación relacionada con la tendencia expansionista del poder punitivo, y en ese sentido, se reconoce que, la imposición de límites como el alusivo a la necesaria vinculación del derecho penal con la protección de bienes

jurídicos resulta de una importancia del primer orden, pues sin restricciones como aquella nada impide que se revivan las pesadillas totalitarias que, bajo el amparo de la ley, con sus “agencias y corporaciones del sistema penal han cometido los peores crímenes de la humanidad y en mucho mayor número a los cometidos por los individuos que delinquieron sin el paraguas protector de los estados” (Zaffaroni, 2006, pág. 3) pero se pretende resaltar que, si una conducta ha superado esos umbrales de lo punible, consistentes en la efectiva puesta en peligro o lesión de un bien jurídico, un juez carecería de la legitimidad para concluir que, por la eventual insignificancia del resultado típico, el autor debe ser exonerado de responsabilidad penal, y es que si habrá de exigirse algún monto mínimo de intensidad del injusto, ese baremo tendrá que fijarse mediante deliberación democrática, pues no debe olvidarse que, la efectiva sujeción de las autoridades públicas a la Constitución y la Ley es la principal defensa de los ciudadanos frente a la arbitrariedad.

## Conclusiones

En el ordenamiento jurídico colombiano la reglamentación del principio de insignificancia adolece de vaguedad y ambigüedad, lo cual trae consigo dosis de arbitrariedad y aplicación inequitativa de la figura, e implica debilitamiento de los derechos de defensa y contradicción.

En razón del principio democrático, no resulta legítimo que, sin tener siquiera criterios orientadores para la labor, a los operadores judiciales se les asigne la tarea de definir, en cada caso concreto, cuál es la intensidad del daño que resulta significativa para el derecho penal.

Los delitos de hurto simple y lesiones personales no poseen consecuencias penales excesivas y, por ende, ni aun cuando se trate de afectaciones mínimas de los respectivos bienes jurídicos, sería acertado afirmar que la aplicación de esas sanciones resulta desproporcionada, y ello implica que, dada la claridad del lenguaje empleado en el artículo 11 del Código Penal, no sería posible dar un alcance diferente al tenor literal de la norma, so pretexto de lograr un equilibrio que, de hecho, ya existe.

El que, en ciertos tipos penales, el legislador haya fijado montos mínimos de afectación del bien jurídico para su configuración, es una razón para estimar que, respecto a los que no se haya establecido un límite inferior, incluso las afectaciones de poca monta, fueron valoradas en el parlamento como nocivas en suficiente intensidad para ameritar una intervención penal y, a menos de que existiere un motivo de carácter constitucional que justifique su intervención, un operador judicial carecería de la potestad para ignorar el designio democrático.

El empleo de la figura de la insignificancia en el marco del principio de oportunidad no genera sensación de impunidad, ni discordancia sistémica frente a las disposiciones alusivas a la

tentativa, ni imprecisiones en la dogmática penal que afecten el alto grado de claridad y exactitud que de ésta última se espera, lo cual hace preferible esta opción sobre aquella que contempla el principio de insignificancia como una causal de ausencia de tipicidad o antijuridicidad de la conducta.

## Bibliografía

- Zabrallesky, G. (1995). *El derecho ductil*. España: Trotta.
- Schünemann, B. (2019). *El derecho penal en el estado democrático de derecho: y el irrenunciable nivel de racionalidad de su dogmática*. Madrid: REUS.
- Zafaroni, E. (1997). *Tratado de Derecho Penal Parte General Tomo III*. Buenos Aires: EDIAR.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
- Jakobs, G. (2003). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid: CIVITAS.
- Welzel, H. (1956). *Derecho penal parte general* . Buenos Aires: Roque Depalma.
- Velasquez, F. (2020). *Delitos contra el patrimonio economico* . Bogotá: Tirant lo blanch.
- Velasquez, F. (2020). *Delitos contra el Patrimonio*. Bogotá: Tirant lo blanch.
- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica* . Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2015). El constitucionalismo entre iusnaturalismo. *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales UNAM*, 534.
- Velasquez, F. (2017). *Derecho Penal Parte General*. Medellín: Ediciones jurídicas Morales.
- Velasquez, F. (2017). *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*. Medellín: Ediciones jurídicas Morales.
- Ferrajoli, L. (2015). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Filosofía del derecho Constitucional Cuestionas fundamentales*, 563.

Zaffaroni, E. (2006). *Manual de derecho penal Parte General*. Buenos Aires: EDIAR.

Salvamento de voto Yesid Ramirez Bastidas, 31362 (Corte Suprema de Justicia 13 de mayo de 2009).

Ferrajoli, L., & Ruiz Manero, L. (2014). *Un debate sobre principios constitucionales*. Lima: Palestra editores SAC.

García Amado, J. A. (2017). *Decidir y argumentar sobre derechos*. Ciudad de México: Tirant lo blanch.

Instrumentos para facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y construcción de una paz estable y duradera, C253/2017 (Corte Constitucional 27 de abril de 2017).

Solano Velez, H. R. (2016). *Introducción al estudio del derecho*. Medellín : Universidad Pontificia Bolivariana.

Principio de Legalidad, SP7633/2016 (Corte Suprema de Justicia 8 de junio de 2016).

Marín Cortes, F. G. (2021). *Principio de Legalidad: cambio de un paradigma* . Medellín : Lijursanchez.

Ferrajoli, L. (2019). *Manifiesto por la igualdad* . España: Trotta.

Bobbio, N. (1993). *Igualdad y Libertad*. Barcelona: PAIDOS.

Demanda de Inconstitucionalidad art 24 ley 1564 de 2012, C178/2014 (Corte Constitucional Mg ponente Maria Victoria Calle 26 de marzo de 2014).

Pérez Luño, A. E. (2005). *Dimensiones de la igualdad*. Madrid: Dykenson.

Gómez Pavajeau, C. A. (2020). *El principio de la antijuricidad material* . Bogotá D.C.:  
Universidad Externado.

Peláez Mejía, J. M. (2021). Ubicación sistemática de la usencia de lesividad de la conducta en la  
teoría del delito. *Nuevo Foro Penal vol. 17*, 28.

Revoca sentencia condenatoria, 50899 (Corte Suprema de Justicia 29 de abril de 2020).

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal Parte General Fundamentos y teoría de la imputación*.  
Madrid: Marcial Pons.

Welzel, H. (2004). *El nuevo sistema del Derecho Penal*. Buenos Aires : B de f Ltda.

Velasquez, F. (2020). *Delitos contra el patrimonio económico*. Bogotá: Tirant lo blanch.

Rawls, J. (2012). *Teoria de la Justicia* . España: Fondo de Cultura Económica .

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Madrid: CIVITAS.