

“La dogmática “nos debe enseñar lo que es debido en base al Derecho”, debe averiguar qué es lo que dice el Derecho a la dogmática jurídicopenal, pues, averigua el contenido del Derecho penal ... dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación”.⁵

Medellín, 26 de septiembre de 1996.

BIBLIOGRAFIA

1. CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. “Derechos Fundamentales e interpretación constitucional”. *Nuevas Corrientes del Derecho Constitucional Colombiano*. Editorial Diké. Medellín. 1994.
2. CÓDIGO PENAL (Decreto 100 de 1980). Editorial Señal Editora. Medellín. 1990.
3. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL (Decreto 2.700 de 1991). Editorial Señal Editora. Medellín. 1991.
4. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. Edición de la Defensoría del Pueblo. Bogotá. 1993.
5. GIRALDO JIMÉNEZ, Fabio. “El Jusnaturalismo en Colombia”. *Revista Estudios Políticos*, N° 7-8. Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia. Medellín. 1996.
6. LEY 294 de 1996 y Proyectos de ley 101 de 1994 y 281 de 1995.
7. RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*. Editorial Porrúa. México. 1980.

⁵ GIMBERNAT ODERIG, Enrique. “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?”. *Estudios de Derecho Penal*. 3a. edición. Editorial Tecnos. Madrid. 1990. p. 158.

PROBLEMÁTICA DE LA ATENUANTE GENÉRICA CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 373 DEL CÓDIGO PENAL

Carlos VANEGAS RESTREPO*

INTRODUCCIÓN

El Código Penal colombiano, si bien es reconocido como uno de los más modernos y sistemáticos de Latinoamérica, adolece de una serie de imprecisiones lógico-jurídicas que le impiden acceder a mayores niveles de desarrollo.

Una de tales imprecisiones se halla en el artículo 373 del mismo. En él se encuentran problemas por la mala o, mejor, inadecuada delimitación de las conductas que atentan contra el patrimonio económico, respecto de si éstas son o no susceptibles de atenuación. Ello, en razón del uso de un criterio obsoleto para la determinación de las conductas que merecen o no ser atenuadas.

Fundamentalmente, centraré mi labor en el análisis y crítica de la primera excepción a la regla general consagrada en el artículo en cuestión y, de manera soslayada, me ocuparé de los problemas que genera para el sindicado la posible aplicación arbitraria de la segunda excepción y la necesidad de hacer mayor claridad al respecto.

Imprecisiones como las ya nombradas generan, ocasionalmente, consecuencias prácticas desafortunadas a la hora de interpretar y aplicar la norma penal. Ello me motiva a pensar este problema con el ánimo de contribuir, así sea en mínima medida, al esclarecimiento semántico y adecuada interpretación de los términos explicitados en dicho artículo (373 del Código Penal).

Para tal efecto, fundaré mi análisis en los siguientes puntos:

- a) Conveniencia o no del criterio cuantitativo de los \$10.000 como derrotero para determinar el carácter atenuado de un hecho punible determinado, que atente contra el patrimonio económico.

* Estudiante de VIII semestre, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

- b) Secuelas de la escuela positivista (fundada en el concepto de "peligrosidad") presentes en la primera excepción del artículo 373 del Código Penal, y
- c) Puntualizar el concepto de daño económico grave, por el cual se inaplica la atenuante, y la real responsabilidad del sindicado frente a él.

Pretendo, a propósito de la elaboración de este ensayo, utilizar como referente o guía, para hacer claridad sobre los puntos nombrados, los elementos jurídicos y doctrinales adquiridos hasta la fecha en mi caminar por la disciplina del derecho. Esta será, pues, mi fuente principal, sin detrimento de la utilización de bibliografía que de una u otra manera ha tocado los temas objeto de este trabajo. Disciplinas como la Ética, la Filosofía del Derecho y la Doctrina en materia penal son saberes sin los cuales este pequeño ejercicio intelectual sería imposible.

1. ¿ES CONVENIENTE UTILIZAR UN CRITERIO, COMO UNA SUMA FIJA EN DINERO, PARA DETERMINAR LAS CONSECUENCIAS DE UN HECHO PUNIBLE RESPECTO DE OTRO?

La economía es un fenómeno social que no escapa al cambio constante, al igual que muchos otros fenómenos que hacen parte de la vida social cotidiana. La moneda, en tanto que ente dependiente del fenómeno económico, no es extraña, tampoco, al carácter cambiante del mismo, de ahí la naturaleza problemática del uso de una cantidad monetaria fija como criterio para definir, diferenciar o modificar un hecho positivo cualquiera (sea una conducta o una cosa).

El derecho penal no ha sido ajeno al problema antes nombrado. Efectivamente, el legislador colombiano ha utilizado a través de la historia dicho criterio como herramienta para definir y diferenciar unas conductas o hechos jurídicamente relevantes, de otros. Tal es el caso del artículo 373 del Código Penal, en el cual se utiliza una suma de dinero fija (\$10.000) para determinar el carácter de menor injusto propio de los hechos punibles que no lesionan el patrimonio en una cantidad superior a la allí establecida. A propósito de lo anterior, he de decir que de ello se generan serias dificultades, estas se derivan directamente del carácter cambiante del dinero, en cuanto a su valor por unidad de moneda, como resultado del paso del tiempo. Esto se puede observar en fenómenos económicos como la devaluación o pérdida del poder adquisitivo de la unidad monetaria que se da paralelamente al paso de los años.

Pero, ¿cuál es el real problema de utilizar una suma fija de dinero como criterio para definir o diferenciar una conducta jurídicamente relevante de otra?

El problema, como lo da a entender la última parte del texto anterior, radica fundamentalmente en el hecho de que una cantidad de dinero puede en un mo-

mento dado ser representativa de un valor económico importante, pero con el paso del tiempo, y su necesaria devaluación, dicho valor cambiará sustancialmente del inicialmente estipulado para esa cantidad. La legislación penal colombiana, mediante un juicio de valor, en sentido axiológico y no económico, puede llegar a equiparar la relevancia de una conducta jurídicamente importante con la relevancia que implica la lesión de un bien cuyo valor económico supera una determinada cifra. Así, aquel actuar lesivo de un bien patrimonial (susceptible de ser valorado en dinero) será menos grave en la medida que no supere la cifra estipulada, y más grave (más injusto), cuando efectivamente la supera. Pero, si no se quiere caer en el equívoco de decir que en la medida en la cual la moneda se devalúa, y cambia el valor económico la cifra estipulada por el legislador, en esa misma medida deberían ir disminuyendo el número de casos susceptibles de ser regulados por una norma legal, se ha de modificar la naturaleza del criterio utilizado, diferenciar la índole de un hecho punible respecto de otro (ello en razón de que la cifra adoptada por la norma se tornará tan obsoleta que llevará a aquella, con el paso del tiempo, a su total inaplicabilidad). Este es el caso del artículo 373 del Código Penal. La atenuante positivizada en esta norma, desafortunadamente para el sindicado, se ha tornado ineficaz.

¿Cómo evitar que esto ocurra?

Es verdad que el uso de un criterio cuantitativo de índole económico, como el dinero, puede ser de gran utilidad para el legislador a la hora de determinar el carácter de mayor o menor injusto de una conducta que atente contra el patrimonio económico de algún ciudadano. Lo criticable, aquí, es el uso de las cifras fijas en dinero que al cabo de un tiempo dejan de ser significativas, en cuanto a su valor real, y, por ende, incapaces de realizar el fin buscado por el legislador. El sentido o razón de ser de la norma está condenado a deteriorarse, al igual que la norma, con el paso de los años.

De ahí la importancia de hallar un método que, sin sacrificar el criterio económico del monto del daño patrimonial para determinar el mayor o menor grado del injusto contenido en el hecho, no admita el ser víctima del deterioro que se da como consecuencia del paso del tiempo. Este mecanismo consiste en adoptar un criterio económico capaz de ajustar, en la misma proporción que cambian los factores económicos, el monto que se determine como límite. Tal herramienta consiste en la unidad económica conocida como "Salario Mínimo Legal". Gracias a esta, la norma creada por el legislador con base en dicho criterio se mantendrá vigente indefinidamente y sin atentar contra el fin buscado por él, mediante su consagra-

ción Este es el criterio utilizado en las técnicas legislativas contemporáneas y sus beneficios no se han hecho esperar.¹

2 PRIMERA EXCEPCIÓN

Al igual que el enunciado genérico del artículo 373 del Código Penal, su primera excepción es harto problemática debido a que ésta atenta contra los fundamentos mismos de instituciones como la pena y su función sociabilizadora, cuyo fin es devolver al individuo, luego de purgar su culpa, a un estado predelictual, o sea, de total normalidad. También atenta aquella excepción contra principios jurídicos tan importantes como la igualdad del individuo frente a la ley, en contra de la institucionalización de un derecho de autor ya revaluado por la doctrina penal contemporánea. Pero, quizás, lo más aberrante de esta norma es la violación del principio constitucionalmente aceptado de que nadie podrá ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Adelante, hablaré con mayor detalle de cada uno de los problemas nombrados.

A través de la historia reciente, la figura de la pena ha sufrido diferentes transformaciones, esto le ha permitido al concepto evolucionar hasta alcanzar el nivel de la elaboración actual. Los sentidos más importantes que se le han dado a la idea de la pena, en términos muy cortos, son los siguientes.

Durante la vigencia del derecho penal clásico, marcado por un profundo sentimiento liberal, el Estado sólo estaba autorizado para regular la conducta de sus asociados (ciudadanos) en casos absolutamente extremos, más aún, en materia penal, sólo en virtud de acontecimientos harto graves para el orden social, el Estado, en representación de la sociedad civil, podía hacer uso de la fuerza a este encomendada. Esta utilización de la fuerza, a propósito de un acontecimiento penalmente relevante (un hecho punible dado), consistía en la potestad de la jurisdicción de imponerle coercitivamente al individuo una pena equivalente al daño producido por éste (pena como retribución).

Posteriormente, y a propósito del auge que tomara el pensamiento positivista luego de la segunda mitad del Siglo XIX, pensadores como LOMBROSO, GAROFALO, JIMÉNEZ DE ASÚA, GRISPIGNI, FERRI, FLORIÁN, entre otros, quisieron justificar la existencia del fenómeno de la pena, no en una entidad axiológica especulativa como lo es el concepto de culpabilidad, sino en una entidad más obje-

tiva como lo es, la personalidad del agente, su modo de vida, sus rasgos psicosomáticos, etcétera. Todo lo anterior, con el fin de justificar, a su vez, un derecho penal que basara su juicio en el análisis no del hecho sino del autor mismo, ello para determinar el grado de peligrosidad de este último. Supuestamente, a través de la aplicación de este paradigma jurídico-penal, la sociedad civil podría llegar a obtener mayores niveles de seguridad, gracias al seguimiento y control de los sujetos a los cuales se les haya etiquetado como peligrosos. De esta manera el ideal de la defensa social sería posible (aquí la pena no sólo es una entidad retributiva, sino un medio de prevención, debido al uso de medidas de seguridad, inclusive pre-delictuales, destinadas al control de los sujetos peligrosos).

Más adelante me referiré, de nuevo, a este tema.

Contemporáneamente se ha tornado más fuerte la necesidad de entender la pena como el medio por el cual el sindicado accede a un proceso de resocialización. Este no era un anhelo ajeno a las concepciones de la pena antes nombradas, pero sólo hasta este siglo dicha función de la pena se ha vuelto sustancialmente necesaria. Así, las cárceles se tornarán en instituciones que posibilitarán al interno el acceso a fuentes de trabajo y educación, aun en los países que han hecho mayores inversiones con tal propósito. De ahí que los medios utilizados para hacer efectiva la pena, sin detrimento del anhelo resocializador de las legislaciones modernas, esté siendo actualmente revaluado.

Con excepción de la escuela positivista, donde el reproche recae sobre el autor del hecho y no sobre el hecho mismo, una vez purgada la pena producto, esta última, de la puesta en práctica de una conducta tenida por injusta en la ley penal positiva, el sindicado de dicho acto recupera su calidad de ciudadano normal, o sea, el efecto generado por la purga de la pena es la vuelta del agente a su estado predelictual, recuperando de esta manera la totalidad de sus derechos y garantías, inclusive su derecho a un trato igualitario frente a la ley. La pena, una vez hecha efectiva en su totalidad, ha de eliminar de la persona del exsindicado cualquier vestigio o secuela de responsabilidad frente al hecho delictivo pasado.

En aras de retomar lo dicho en el primer párrafo del numeral segundo, cabe preguntar lo siguiente, ¿Cuál es el fundamento del trato diferencial que se le da al sujeto con antecedentes, respecto del que no los tiene?

¿Será posible afirmar que la persona anteriormente juzgada y cuya pena ha sido pagada cabalmente continúe teniendo una deuda jurídica con el Estado? De ser viable lo anterior, se estará frente a la desvirtuación de la pena como medio por el cual la sociedad busca restaurar el "equilibrio" violado por la conducta ilícita de aquél.

¹ ESTRADA VÉLEZ, Federico "Derecho Penal" Editorial Temis, Bogotá, 1984 pp. 353 a 356

Bien decían los sofistas griegos que la virtud se halla en el centro de dos pasiones o conductas extremas. La justicia, en aquellos tiempos pretéritos, no era ajena a dicho principio y se puede definir, para efectos del problema aquí tratado, como el punto medio entre el hecho dañoso y la purga de la pena que surge como efecto de tal hecho, de donde tanto el daño como la pena son entidades extremas cuya resultante necesaria será la recuperación de un estado de equilibrio, o sea, de nueva justicia. Como esta institución jurídica sigue teniendo vigencia en las actuales sociedades, no puede afirmarse que el ex-condenado, una vez ha purgado su pena, continúe, de alguna forma, debiéndole algo al Estado. Aquél debe ser mirado como una persona normal y debe ser tratado de igual forma por la ley, específicamente por la ley penal. Como se ve, el fundamento del trato desigual que recibe el sujeto del ex-condenado, luego de la ejecución de un nuevo hecho delictivo, no es una deuda pendiente con el órgano estatal en razón de un hecho delictivo anterior, ya purgado, sino que el fundamento de dicha discriminación ha de buscarse en otro lugar.

Ahora bien, si en la base de la discriminación legal institucionalizada en el artículo 373 del Código Penal no se halla una razón objetiva que la justifique (deuda pendiente del ex-condenado con el Estado), entonces, ¿Qué hay en el transfondo de dicho fenómeno? Definitivamente, el criterio utilizado por el legislador para instaurar el trato discriminatorio del sujeto con antecedentes, a propósito de la inaplicación de la atenuante genérica del artículo 373 del Código Penal, de que es víctima aquél, es un criterio subjetivo, o sea, fundado no en el hecho punible sino en el carácter especial de la persona acusada por la conducta que inicialmente es susceptible de atenuación, atenuación cuya aplicación no se da por la presunción de que el sujeto con antecedentes es más "peligroso" que aquel al cual nunca han sentenciado por delito alguno. De nuevo, se enfrenta el optar por el postulado propio del derecho penal de autor o el del derecho penal de acto, y dentro de este último, por lo menos formalmente, se inscribe el Código Penal colombiano.

Pero, ¿Qué debe entenderse por derecho penal de autor?

Este es un paradigma jurídico penal caracterizado por el hecho de que en él la pena no tiene como presupuesto el reproche social por la ejecución de una conducta ilícita cualquiera, sino la defensa social, a través de la imposición de medidas de seguridad preventivas y penas represivas dirigidas a controlar y a extirpar la naturaleza peligrosa de algunos sujetos como lo son los enfermos mentales, las personas con un modo de vida contrario a las buenas costumbres (indigentes, prostitutas, toxicómanos, etcétera) y reincidentes en conductas antisociales, estos últimos son los que más interesan para efectos de este ensayo.

Como se ve, el derecho penal de autor se halla en un privilegiado estado de simbiosis con los regímenes de índole paternalista, o para ser más francos totalitaristas, donde el respeto por el individuo y sus libertades estará siempre subordinado al interés de la colectividad, o por lo menos, de quien la representa (cualquier parecido con la realidad colombiana es mera casualidad).

Luego de este pequeño comentario he de decir que el derecho penal de autor se funda en el principio de la peligrosidad del sujeto, más que en la responsabilidad de éste por el acto susceptible de reproche.

Ahora bien, ¿Qué debe entenderse por "peligrosidad"?

Muchas son las definiciones que ha tenido el concepto, pero quizás la más clara es la manifestada por GRISPIGNI: "La peligrosidad es la capacidad de una persona de llegar a ser con probabilidad autora de un delito en el futuro o de reincidir en él".² De la definición anterior se desprenden dos consecuencias seriamente lesivas de la persona humana y su dignidad, como por ejemplo, la admisión de la puesta en práctica de medidas de seguridad pre-delictuales en razón de un juicio de probabilidades totalmente arbitrario, a propósito de la supuesta capacidad del agente para incurrir en conductas antisociales en el futuro (peligrosidad social) y el aumento del monto de la pena para aquellos sujetos que hayan incurrido en conductas delictivas ilícitas con anterioridad y a propósito de un nuevo hecho delictivo (peligrosidad criminal).³

Atrás he argumentado las razones por las cuales, en mi opinión, no se justifica tener por más injusto el delito de quien tiene antecedentes con respecto a quien no los tiene.

El artículo 373 del Código Penal, en su excepción primera, es un claro vestigio de este pensamiento retrógrado y ya superado, por lo menos, doctrinariamente.

Ahora bien, si no es suficiente la denuncia del carácter "peligrosista" de la norma en cuestión (artículo 373 del Código Penal), en su excepción primera, para motivar una modificación de la misma, me referiré a otro argumento que puede dejar en entredicho la legalidad, e inclusive, la legitimidad de dicha excepción a la norma.

Cuando el artículo 373 del Código Penal afirma que no será aplicable la atenuante a quien tenga antecedentes penales está violando el principio jurídico "nadie podrá ser juzgado dos veces por el mismo hecho" (consagrado constitucionalmente en el artículo 29 de la Constitución Nacional). Cuando al sindicado de un

2 PÉREZ, Luis Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Editorial Temis. Tomo II. Págs. 546 a 548. Bogotá, Colombia

3 Los términos entre paréntesis fueron acuñados por FERRI.

delito se le agrava la pena, o no se le atenúa ésta en razón de los hechos ilícitos cometidos anteriormente, pero ya purgados, es como si lo estuvieran condenando de nuevo por esos hechos sucedidos en el pasado. ¿Se justifica, pues, la excepción hecha a la aplicación de la atenuante genérica del artículo 373 del Código Penal, en la cual se exime de dicho privilegio al sujeto con antecedentes penales?

3. SEGUNDA EXCEPCIÓN

Por último, debe hablarse de la segunda excepción existente en el artículo 373 del Código Penal y debido a la cual, de presentarse, automáticamente impedirá que se le aplique la atenuante al sindicado que cumple con el requisito genérico de dicho artículo. Esta excepción reza así: "... y que no haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica". ¿Se justifica ésta segunda excepción?

Considero que esta excepción se justifica como gestora de la inaplicabilidad de la atenuante para el sindicado, siempre que se cumplan los siguientes presupuestos:

a) Presupuesto Objetivo. Esto lo referiré al daño, o en otras palabras, a las características que debe tener para que pueda ser catalogado como grave. Entiendo como un daño efectivamente grave aquel que genera en el sujeto pasivo de la acción (víctima) la imposibilidad de satisfacer una necesidad, de índole económica, esencial para el normal transcurrir de la vida de aquél, de donde las necesidades esenciales serán las referidas a bienes como el de alimentación, vivienda, salud, trabajo, educación y recreación. Sólo frente a estos rubros, y debido a la imposibilidad patrimonial de la víctima para reparar dicho daño, se cumplirá el presupuesto objetivo necesario para la inaplicación de la atenuante al sindicado (daño económico grave).

b) Presupuesto Subjetivo. En mi concepto, otro elemento indispensable para la inaplicación de la atenuante es que el daño antes nombrado se dé como consecuencia del dolo del sindicado. De lo contrario, se estaría inaplicando la atenuante fundándose en la figura de la responsabilidad objetiva por el hecho, con lo que se iría en contra de uno de los principios rectores del Derecho Penal, el Principio de la Culpabilidad, consagrado en el artículo 5° del Código Penal. En otras palabras, se inaplicará la atenuante cuando el sujeto activo conoce la destinación del bien económico que pretende agredir y dicha destinación es compatible con alguno de los rubros nombrados anteriormente y, a pesar de dicho saber, continúa queriendo agredir el bien patrimonial. También requerirá conocimiento de la imposibilidad de reparar el daño por parte de la víctima. Es, además, susceptible de

inaplicación la atenuante, cuando el sindicado, si bien no conoce la destinación del bien (satisfacción de una necesidad esencial) ni quiere causar el daño grave derivado del delito contra el patrimonio económico de la víctima, continúa adelante con su empeño de lesionar dicho bien patrimonial, siendo previsible el posible daño grave derivado de la acción ilícita principal (y el agente no hace nada por evitar el daño grave derivado de su actuar ilícito. "Dolo eventual"). Aquí el daño grave es la resultante no deseada y previsible (en razón de la calidad de la persona y su modo de vida) del hecho punible inicialmente reprochable.

En conclusión, tanto el dolo directo de impedir la satisfacción de una necesidad esencial a través de la ejecución del ilícito, como la ejecución de este último siendo previsible aquel daño (así este segundo resultado no se quiera) son causales de inaplicación de la atenuante. De lo anterior se deriva que el carácter imprevisible del daño económico grave, como producto de la lesión de un bien patrimonial, siempre que se cumplan los elementos generales del tipo (cuantía de la lesión inferior a \$10.000) sí admite la aplicación de la atenuante. "Sólo cuando se dan los presupuestos objetivo (daño económico grave) y subjetivo (dolo o previsibilidad del daño grave) es lícito inaplicar la atenuante".

CONCLUSIÓN

El artículo 373 del Código Penal adolece de serios problemas que le han impedido cumplir la labor para la cual fue creado: la de atenuar. Dichos problemas son:

- a) Lo obsoleto e inaplicable de su criterio de los \$10.000 para determinar las conductas lesivas del patrimonio económico dignas o no de ser atenuadas.
- b) El carácter peligrosista e inconstitucional de su primera excepción y,
- c) La indeterminación semántica de conceptos como el "daño grave", constitutivos de la segunda excepción, y la falta de alusión a la responsabilidad del sujeto activo del ilícito cuando aquel daño su produce, ¿Es responsable objetivamente o no?

Para terminar, diré que es absolutamente necesario modificar el artículo 373 del Código Penal, teniendo en cuenta las anteriores observaciones.