

Modelos de sistematización de la parte especial del derecho penal*

Models of Systematization of the Special Part of Criminal Law

Orlando Humberto de la Vega Martinis^a
Pontificia Universidad Javeriana, Colombia
odelavega@javeriana.edu.co

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3529-9810>

DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj71.mspe>

Recibido: 21 septiembre 2021

Aceptado: 07 marzo 2022

Publicado: 30 junio 2022

Resumen:

El texto enfatiza la importancia de una correcta sistematización de la parte especial. Para esto, se presentan dos modelos históricamente relevantes, pero conceptualmente contrapuestos. Después se rastrea la influencia de los modelos expuestos en la doctrina colombiana del derecho penal especial.

Palabras clave: dogmática de la parte especial, criterio del parentesco, arquitectura de los tipos penales.

Abstract:

The text emphasizes the importance of a correct systematization of the special part, for which it presents two historically relevant but conceptually opposed models. Then traces the influence of the models exposed in the Colombian doctrine of special criminal law.

Keywords: dogmatic of the special part, relationship criterion, crime architecture.

Dos modelos de sistematización científica de la parte especial

La idea de vinculación a la ley es un producto de la codificación que se ve operacionalizada en la parte especial del código penal. La parte especial del actual código penal colombiano data de 1936 y es un producto de la codificación tardía. Esto significa que su parte especial presenta un importante grado de diferenciación sistemática con arreglo al criterio del bien jurídico. Al respecto, el comisionado Lozano sugirió, en 1935, que la primera tarea del legislador en materia penal es “definir y concretar el campo de los intereses y derechos que deben ser protegidos y las posibles violaciones que de esos derechos pudieran presentarse en la práctica”¹. Ni el código penal de 1980², ni el actual código penal³ introdujeron modificaciones sistemáticas relevantes en la parte especial. Pero, contrario a esta herencia ilustrada, la práctica del derecho penal en Colombia se ha visto dominada por un pensamiento de derecho natural⁴. Así, salvo la notable excepción de Delgado, los pocos estudiosos de la parte especial que han tematizado el modelo de sistematización con que abordarán su tarea manifiestan apego al criterio de la objetividad jurídica que no es otro que el criterio diferencial defendido por Carrara, un *ius naturalista* que no estaba interesado en estudiar ningún código penal en particular, sino en descubrir “la verdad reguladora de toda la ciencia”, pues esta contendría “en sí el germen de la solución de todos los problemas que el criminalista está llamado a estudiar”⁵; qué tanto provecho tuvo ese enfoque en el estudio de la parte especial en Colombia, se verá después. Ahora me interesa resaltar la existencia de otro enfoque, ignorado en Colombia, que resulta mucho más apropiado a nuestra tradición, la cual nació con el tránsito de un derecho penal común vigente durante el periodo colonial⁶ a un derecho penal positivo vigente a partir de la independencia. Me refiero al modelo de Binding, testigo de un tránsito similar en Alemania.

Notas de autor

^a Autor de correspondencia. Correo electrónico: odelavega@javeriana.edu.co

Carrara

En la introducción a su estudio de la parte especial, Carrara parte invocando la ley suprema del orden “impuesta por Dios al universo”⁷ como el criterio de legitimidad del estado en su función de prohibir, bajo amenaza de pena, ciertas conductas. Esta fórmula es un dogma que no necesita ser demostrado, sino compartido⁸. Una emanación de esta ley suprema del orden es la ley jurídica, origen del derecho⁹. Ahora bien, esta ley jurídica es “débil ante el ímpetu de las pasiones”¹⁰ y por eso debe agregársele una “fuerza de coacción”¹¹; pero la justicia de esta asociación no es un fundamento positivo del derecho penal, sino un límite a la facultad de castigar¹². El fundamento positivo de la coacción, necesaria para mantener la ley jurídica, es la ley suprema del orden; y como la coacción ejercida separadamente por los individuos no basta, de la ley suprema del orden se deriva también la sociedad civil: “[L]a autoridad y la sociedad civil están constituidas únicamente para servir de instrumento necesario al recto ejercicio del derecho punitivo”¹³. Este ejercicio consiste en la amenaza de castigo y esta no puede ejercerse al arbitrio de la autoridad, “sino de manera subordinada a la ley suprema del orden, de la cual es esclava”¹⁴. El poder punitivo no sirve, entonces, a la defensa del estado, sino a la defensa del derecho¹⁵. De allí se sigue que el legislador carrariano no crea el derecho, sino que tiene el deber de defenderlo¹⁶.

Carrara creyó que “[e]ra necesario traer a la memoria estas verdades”¹⁷ antes de ocuparse de la parte especial del derecho penal, pues de ellas “brotan de manera espontánea”¹⁸ las siguientes tres proposiciones. De acuerdo con la primera proposición, la autoridad social solo puede prohibir y penar aquellos hechos humanos lesivos del derecho; de acuerdo con la segunda, la clasificación de los hechos lesivos del derecho debe atender a un criterio objetivo que consiste en la naturaleza del derecho lesionado; de acuerdo con la tercera, la gravedad del hecho se aprecia según la importancia del derecho lesionado¹⁹. Estas tres proposiciones “señalan las grandes líneas sobre las que debe proceder el estudio de la parte especial”²⁰. Así, por medio de la primera proposición se descubre un criterio esencial; de la segunda, un criterio diferencial o demarcante; y de la tercera, un criterio mensurador de los distintos tipos de delito²¹. Los criterios esenciales son los que permiten declarar a una acción como delito; se trata del conjunto de las condiciones materiales del hecho en su relación con la fuerza física y moral propias del hombre, pues estas son el presupuesto de la violación de la ley jurídica²². Esta remisión a su teoría de las fuerzas del delito, desarrollada en la parte general de su *Programa*²³, así como la posterior conexión con la legitimidad de la coacción, no debe distraer la atención respecto del núcleo del criterio esencial, que no es otro que las condiciones materiales que convierten a un hecho en delito²⁴. En este punto resulta más claro Carmignani —precursor intelectual de Carrara²⁵—, al señalar que lo que le interesa a la sociedad de un hecho, para considerarlo delito, es el daño social²⁶. Esta idea de daño social la asocia Carrara con su criterio esencial, lo que le permite desagregar dos tipos de criterio esencial de acuerdo con el tipo de daño causado. El delito, entonces, se identifica por medio de sus criterios esenciales particulares, los cuales vienen dados por la medida del daño inmediato. Pero, además, en todos los delitos concurre un criterio esencial general, el cual viene dado por la medida del daño mediato, es decir, “la ofensa que al *derecho universal* le infiere determinado delito”, donde el derecho universal es “la *opinión* de la seguridad, base primera del orden social”²⁷.

Los criterios diferenciales o demarcantes tienen como guía la segunda proposición, relativa a la naturaleza del derecho lesionado. Carrara advierte que, más que el daño mediato, hay que atender, principalmente, al daño inmediato. También advierte que cuando una acción lesione varios derechos, la noción del delito debe seguir el principio del predominio, de acuerdo con el cual uno de los derechos lesionados predomina sobre los demás²⁸. Finalmente, los criterios mensuradores tienen como guía la tercera proposición, relativa a la medida de la gravedad del hecho. Estos criterios mensuradores se ven influenciados, en primer lugar,

por la importancia del derecho lesionado; en segundo lugar, por la cantidad natural de delito, que viene dada por el daño inmediato; en tercer lugar, por la cantidad política de delito, que viene dada por el daño mediato²⁹. Carrara cierra su introducción pidiéndole fuerza y luz a Dios para no apartarse “de las deducciones lógicas de los principios fundamentales, ya que la verdad solo puede encontrarse en el recto desarrollo de tales principios”³⁰. Esta breve exposición de la comprensión de Carrara de la parte especial del derecho penal lo muestra ajeno a la tradición del derecho positivo. Así, cuando Carrara alude a un dogma no está hablando de normas de derecho positivo, sino de postulados evidentes³¹. Por eso, su estudio de la parte especial no se va a ocupar de un código penal³², entendido como fuente del derecho, sino del orden lógico en que se distribuyen los criterios esenciales³³. Ocupa el primer lugar de ese orden el daño inmediato “en que está representada la *cantidad natural* del delito”³⁴, mientras que el daño mediato surge en un segundo momento de acuerdo con sucesivas diferencias de cada especie delictuosa³⁵. Este orden lleva a la siguiente división: por una parte, delitos naturales “que violan de manera inmediata un derecho particular”³⁶ y, de otra, delitos sociales “que [...] violan de modo inmediato un derecho universal”³⁷. En los delitos naturales se trata de derechos que la naturaleza misma le ha dado al hombre; en los delitos sociales se trata de derechos que la sociedad le ha dado inmediatamente al hombre, pero que también se remontan a la ley natural³⁸. Como se verá después, este puede haber sido un punto de apoyo para estudiar el código penal colombiano con la sistematización carrariana, pues los códigos penales colombianos son herederos de la división de la parte especial en delitos contra la sociedad y delitos contra la persona. Aquí cabe también el criterio diferencial, pues este criterio, al aludir a la naturaleza del derecho lesionado, tiende un puente con la teoría del bien jurídico. Pero hasta ahí llega la afinidad porque, a diferencia de lo que ocurría en Italia en la época de Carrara, la ley penal en Colombia siempre ha sido creada en democracia. Las reflexiones de Carrara corresponden a un contexto histórico predemocrático (Carrara se refiere a él como tiranía³⁹). Estas van dirigidas, por igual, a un legislador, a un juez y a un científico del derecho, sometidos al derecho. El objetivo del *Programa* no es ayudar a sistematizar el derecho positivo, sino a orientar al legislador, al juez y al científico del derecho en la misión de proteger el derecho⁴⁰. Su aporte es su potencial crítico, no *sistemático*.

Binding

Los códigos penales colombianos han sido creados en democracia; ahí radica su legitimidad. Pero la comprensión de la ley como voluntad del soberano no es patrimonio de la democracia. Así, Feuerbach, durante el Sagrado Imperio romano germánico, afirmaba que la ley era un producto del poder legislativo⁴¹. Y Binding, súbdito del Imperio alemán, entendía que “el derecho, pensado como expresión de la voluntad con autoridad, como oración jurídica, lo crea y lo modifica el legislador”⁴²; por eso su interés científico era “el derecho positivo” o, más exactamente, “una dogmática del derecho existente”⁴³. Referida a la parte especial, esta dogmática bindingiana consiste en presentar los tipos de delito y su pena de acuerdo con el derecho vigente⁴⁴. Su primer hallazgo es que el estudio de la parte especial ha sido opacado por el estudio de la parte general, aunque las respuestas a las preguntas que surgen del estudio de la parte general solo pueden obtenerse de la configuración particular de los delitos en ámbitos jurídicos concretos⁴⁵. Binding identificó, como razón de este opacamiento, el significado global que tendrían las preguntas generales del derecho penal. Pero, además, Binding constató que, salvo Hälschner, ningún criminalista alemán había escrito una presentación completa del derecho penal, siendo siempre la parte especial la que resultaba desatendida⁴⁶. Una consecuencia de esta omisión es que la jurisprudencia se vio abandonada por la ciencia, la cual, en opinión de Binding, debía servir de guía a la jurisprudencia⁴⁷. El punto de partida de Binding, para proporcionar esta guía, fue circunscribir su análisis al derecho alemán y, en particular, al recién expedido código penal alemán⁴⁸. Ahora

bien, a diferencia de otros comentaristas del código, Binding le “declaró la guerra” a la “mala costumbre” de apoyar la interpretación de la ley en el significado individual de cada palabra; en su opinión, “[l]os conceptos jurídicos tienen un valor muy superior a la definición de las palabras”⁴⁹. Averiguar el significado de cada palabra de la ley descuida el contexto necesario para comprender el concepto. Comprender un concepto jurídico exige dominar el contexto histórico, la totalidad de las oraciones jurídicas y el modo de vida jurídico de un tiempo determinado⁵⁰. La dogmática de Binding, cuyo objeto de estudio es la ley, tiene como método los conceptos⁵¹; y como su finalidad es brindar una adecuada comprensión de la ley, solo resulta necesaria donde la ley es oscura. Por el contrario, cuando la ley es clara no hay razón para reemplazarla por un ejercicio dogmático⁵².

La hoja de ruta trazada por Binding parte del reconocimiento de que el orden legal tiene la pretensión de ser sistemático, “porque, en aras de un tratamiento adecuado, también en la ley se concentran en grupos los delitos emparentados”⁵³. Una vez más, la ciencia es solo un medio para lograr una comprensión integral, clara y uniforme de la ley, y siempre que esas cualidades estén presentes sin una sistemática particular puede prescindirse conscientemente de esta, “pues su objetivo no es promover el conocimiento, sino regular la vida”⁵⁴. La exposición científica de las clases de delito descansa en el criterio del parentesco, el cual no solo constituye la estructura legal, sino que permite cerrar las lagunas y las contradicciones de la ley mediante la unión de las partes en el todo. En este punto, lo único que se exige de la doctrina es que se atenga con devoción “a la naturaleza jurídico-positiva de las clases de delito en particular”⁵⁵; en todo lo demás, se puede apartar de la ley⁵⁶. El criterio del parentesco resalta una característica de la parte especial del derecho penal que Binding presenta en términos funcionales: “El derecho penal es derecho de protección”⁵⁷. Por medio de sus normas, el derecho penal protege un objeto; Binding lo llama objeto de protección. Y, al mismo tiempo, con el quebrantamiento de las normas de derecho penal, se ataca un objeto; Binding lo llama objeto de ataque. En torno a este objeto, se edifican las familias de delito⁵⁸.

De la combinación del criterio del parentesco con la idea del derecho penal como derecho de protección, Binding obtiene los siguientes tres criterios de graduación del parentesco:

En primer lugar, el mayor grado de parentesco se da entre delitos que se reconducen al quebrantamiento de una misma norma; se trata de delitos que comparten un conjunto de elementos que Binding denomina, justamente, elementos del delito, y que solo se diferencian en los elementos de la punibilidad⁵⁹. Los elementos del delito son los elementos que caracterizan al delito como contrario a una norma concreta, por ejemplo, de acuerdo con el derecho penal alemán, el robo, el hurto y el aprovechamiento de error ajeno pertenecen a la misma familia de delitos que se reconducen al quebrantamiento de la norma caracterizada por prohibir la apropiación de cosa ajena⁶⁰. Los elementos de la punibilidad, por su parte, son los elementos con los que el legislador desagrega subespecies dentro del género, privilegiando o calificando las subespecies. Por ejemplo, el hurto culposo es impune pero el hurto de cosas dedicadas al culto o de maletas de viajeros está calificado⁶¹. La calidad del sujeto activo, agrega Binding, no altera este criterio de parentesco⁶².

En segundo lugar, están bastante juntos los quebrantamientos de distintas normas que protegen un mismo bien jurídico. Por ejemplo, las puestas en peligro de la vida conforman un todo con las lesiones a la vida⁶³. Finalmente, el tercer criterio bindingiano para graduar el parentesco agrupa diferentes bienes jurídicos, los cuales, desde esta perspectiva, “aparecen como los distintos lados, necesitados de protección, de una unidad superior”⁶⁴. Ejemplo de esta tercera clase de parentesco sería la agrupación de los delitos de acuerdo con el sujeto de derecho a quien pertenecen los bienes, como la persona, el estado y, en otra época, la Iglesia.

Binding también menciona un orden no personificado de personas, como el matrimonio y la familia; la identidad entre el derecho y su objeto, como el patrimonio; y, finalmente, el propósito común de distintas instituciones, como los medios de prueba y los signos de autenticación⁶⁵. Con arreglo a estos criterios, Binding divide la parte especial en cinco grupos, así: delitos contra los particulares y la familia; delitos contra el

patrimonio; delitos de peligro común; delitos contra los medios de prueba y los signos de autenticación; y delitos contra el estado⁶⁶.

El paso siguiente en la hoja de ruta trazada por Binding es el análisis de la arquitectura de los tipos penales. El punto de partida es la observación de que al lado de la forma regular de una acción punible de cierta clase hay diferentes configuraciones de esta, “sin que se trate de la entrada de razones agravantes o atenuantes”⁶⁷. La diferencia más importante, de acuerdo con la arquitectura de los tipos penales, es la que se presenta entre el delito simple y el delito complejo⁶⁸. La forma básica normal del delito simple se desarrolló históricamente como delito de lesión consumado a título de dolo; de la previsión de pena para el delito simple se desagregó después una penalidad especial para la culpa, otra para la tentativa, otra para la participación y, finalmente, otra para los delitos de peligro⁶⁹. Históricamente, además, el delito simple ha presentado dos clases de tipos penales por referencia a los medios empleados para su comisión; en la primera clase no se hace referencia a los medios para obtener el resultado típico, por ejemplo el homicidio, lo que significa que los delitos de esta clase se pueden cometer por medio de cualquier medio idóneo; en la segunda clase sí se hace referencia a unos medios precisos para la obtención del resultado, por ejemplo la violencia y la amenaza en la coacción, lo que significa que los delitos de esta clase solo se pueden cometer mediante los medios taxativamente señalados en el tipo penal⁷⁰.

El delito simple también puede presentar dos estructuras diferentes, a saber, de un acto o de dos actos; la primera estructura se agota con una acción causal unitaria, por ejemplo, el homicidio, mientras que la segunda demanda un comportamiento fraccionado en dos, donde el primer acto es presupuesto necesario del segundo, por ejemplo, la elaboración de un documento falso y su uso⁷¹. El delito simple en su forma básica es la técnica legislativa recomendable; no obstante, en el código penal se presentan variantes “descuidadas” o “contaminadas” de esta forma básica, en buena medida originadas por la “impaciencia” del legislador, que, en ocasiones, anticipa la consumación al estadio de la tentativa, la participación al de la autoría y la culpa al del dolo⁷². Por otra parte, el delito complejo lo define Binding como un “concurso de delitos unitariamente penalizado, esto es, como la conjunción de quebrantamientos de distintas normas”⁷³. Los delitos concurrentes, aisladamente considerados, pueden ser todos impunes⁷⁴, todos punibles, o unos impunes y otros punibles⁷⁵. El robo, por ejemplo, es un delito complejo, pues en este concurre el hurto y el constreñimiento ilegal, este último como medio para la sustracción⁷⁶. En este ejemplo, como ambos delitos son aisladamente considerados punibles, no aplican las reglas de dosificación de pena en caso de concurso⁷⁷.

En la categoría del delito complejo también Binding incluye algunas variables de delitos cualificados por el resultado, dependiendo de si el resultado calificante se ubica por fuera del núcleo del delito básico⁷⁸. Una vez trazada esta hoja de ruta, para la sistematización de la parte especial, Binding llama la atención sobre una característica de la parte especial que es de la mayor importancia para su comprensión sistemática, a saber, su carácter fragmentario⁷⁹.

La obra del legislador, en materia penal, tiene vacíos, bien porque el legislador no los ve o no los quiere ver; de ese carácter fragmentario se desprende una “sana tendencia” de la práctica y de la ciencia a minimizar esos vacíos mediante la interpretación y a superarlos por medio de la analogía⁸⁰. Los ejemplos puestos por Binding son indicativos de la delgada línea que separa la interpretación analógica⁸¹ de su “degeneración”⁸².

Intentos de sistematización científica de la parte especial en Colombia

La dogmática de Binding, a propósito de la parte especial, ofrece un criterio para clasificar los distintos supuestos de hecho de las normas de sanción de la parte especial del código penal en familias de delitos, a saber, el criterio del parentesco. Entender la parte especial del derecho penal como derecho de protección

permite formular criterios generales para correlacionar los distintos miembros de una familia, así como las distintas familias entre sí. La arquitectura de los tipos penales, finalmente, ofrece una herramienta útil para la interpretación de cada tipo penal en particular, de acuerdo con su estructura arquitectónica.

Es curioso que esta idea no haya “viajado” a Colombia cuando la comisión redactora del código penal de 1980 decidió orientar dicho código a la dogmática de origen alemán; así mismo, es de lamentar que ningún estudio de parte especial asumiera conscientemente el estudio sistemático de dicha parte. Quiero resaltar el “conscientemente” de la frase anterior, pues al menos los dos textos más relevantes de parte especial en Colombia tienen como objeto de estudio el código penal colombiano y, en la medida en que este está dividido en grupos de delitos, sus análisis se ajustan a ese criterio sistemático. Pero ni estos dos estudios, a saber, el de Pacheco y el de Pérez, ni otros, disponen conscientemente de un criterio de sistematización de la parte especial y de análisis de sus tipos en particular. Esta omisión es sensible porque en la parte especial se materializa la idea de vinculación a la ley propia de la ilustración y su corolario, la seguridad jurídica; y la historia legal colombiana está marcada desde su nacimiento por esa idea. En este contexto, la dogmática de Binding suministra un modelo inmejorable de respeto a la ley, sistematicidad y espíritu crítico. Sin embargo, no ha sido ese el modelo seguido por los estudiosos de la parte especial en Colombia, ni uno similar; antes bien, los pocos que nominalmente han tematizado la sistematización de la parte especial han mencionado a Carrara, pero, en lugar de emular sus razonamientos lógicos o de adoptar su actitud crítica, se han limitado a presentar los tipos penales con arreglo al orden legal. Parafraseando a Atria, la tradición del derecho penal colombiano no entiende su relación con su propia historia⁸³.

El estado del arte

La sistematización científica más rudimentaria la encontramos en la “Decimatercia conferencia” de Rivas, titulada “Diversas clases de delitos”, del año 1893; pero Rivas no tenía ningún interés en el código penal de 1890: “El Código Penal aquí, para aquellos hombres á quienes les toca sufrirlo, es, como para aquellos á quienes les toca ser devorados por un tigre, ó picados por una serpiente, una desgracia inevitable”⁸⁴. La división expuesta por Rivas entre delitos públicos o contra la sociedad y delitos privados o contra los particulares⁸⁵, aunque coincide con la división del código de 1890, obedece probablemente al conocimiento general que tenía Rivas sobre la codificación europea, donde sobresale el código penal francés de 1810, el código temprano por excelencia, que dividía la parte especial en delitos contra la cosa pública y delitos contra los particulares⁸⁶. Tampoco es claro que Rivas supiera qué hacer con esa división. Por ejemplo, no deriva ninguna de las consecuencias tradicionalmente asociadas a ella, como la legitimación activa del titular del derecho menoscabado por el delito para ser parte en el proceso penal o la inadmisión de la legítima defensa y del consentimiento en los delitos contra la sociedad⁸⁷.

Por el contrario, su desarrollo de los delitos contra la sociedad descansa ampliamente en el individuo:

[D]el mantenimiento de la sociedad derivan los ciudadanos los bienes de que disfrutan y que por lo mismo ellos y la sociedad tienen interés en que las leyes que la constituyen se conserven, y en que se castigue su infracción.⁸⁸

En la clase de delitos contra la sociedad incluye, aunque parezca un poco desconcertante, los delitos contra los derechos individuales⁸⁹ y, además, asocia los “delitos y culpas de los funcionarios y empleados públicos” a la “tranquilidad del ciudadano y el amparo de la propiedad”⁹⁰. De manera simétrica, su desarrollo de los delitos contra los particulares involucra argumentos de claro orden sociológico. Por ejemplo, a propósito del homicidio en Colombia afirma que “en ninguna otra parte del mundo se mira con tanto desprecio la vida de los otros”⁹¹, lo que lo lleva a concluir que “[e]s necesario que la legislación y los jueces corrijan las costumbres perniciosas, y que su influencia cambie la moral pervertida de la sociedad”⁹². A propósito de los delitos contra

la propiedad hace la siguiente observación, entre otras no menos provocadoras: “Los gobiernos le roban á los ciudadanos gran parte de su riqueza con contribuciones excesivas é injustas [...] y los hurtos del pobre no son comparables á estos atentados”⁹³.

Unos años después de las *Conferencias* de Rivas se publicó la primera obra con la pretensión de abordar el estudio completo y sistemático del código penal colombiano. Su autor, Concha describe su propósito como la “modesta” tarea de divulgar “los estudios de los más recientes y renombrados escritores europeos”⁹⁴, y circunscribe su aporte a asociar esa presentación teórica con “comentarios ó crítica de la legislación nacional”⁹⁵. Ahora bien, pese a incluir a Carrara entre los autores cuyos estudios se propone divulgar⁹⁶, su nota preliminar a la presentación de los delitos contra la cosa pública, con la que inicia la parte especial, no incorpora ninguna de las reflexiones de Carrara, relativas a los criterios esenciales, diferenciales y mensuradores del delito. En esa nota, el interés de Concha es restarle importancia a la clasificación de los delitos que separa los delitos contra la cosa pública de los delitos contra los particulares. En un argumento que recuerda el proceder de Rivas, a quien no menciona, afirma que esa división

no es rigurosamente científica ni se conforma con la realidad de las cosas, en la mayor parte de los casos, porque, por lo general, los primeros también afectan á los individuos, y los segundos nunca dejan de interesar á la sociedad.⁹⁷

El resto de su parte especial es una exposición, en el orden legal, de los tipos penales del código de 1890^[98]; estructura que mantuvo inalterada hasta la última edición de su *Tratado*⁹⁹. Solo hasta 1949, ya en vigencia del código de 1936, se publicó un nuevo libro de parte especial en Colombia, al que siguió un volumen complementario en 1951, pero al que le faltó un tercer volumen para abordar todos los delitos del código. Me refiero al *Tratado* de Vásquez, en cuya advertencia preliminar informa su propósito de exponer “los principios estructurales que dominan la legislación penal colombiana”¹⁰⁰. Después, en la introducción, hace explícito su método: “[L]a exégesis y explicación del código”¹⁰¹. Los dos volúmenes dedicados a la parte especial dan cuenta del nivel de seriedad con que Vásquez asumió el método exegético; estos reproducen el orden legal plasmado en el código, cuyos artículos se analizan, uno por uno, a la luz de su historia fidedigna de creación, de doctrina¹⁰², y de jurisprudencia¹⁰³. En desarrollo de este método exegético, Vásquez inaugura una tendencia de dudoso rendimiento en el estudio de la parte especial en Colombia, consistente en reemplazar el estudio de los conceptos legales por el significado de la palabra usada en la ley en los términos fijados por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española¹⁰⁴; un proceder al que ya Binding había contrapuesto una dogmática conceptual. Dejando de lado esta problemática tendencia, Vásquez no hace explícitos los criterios de sistematización con que aborda el estudio de la parte especial, simplemente sigue el orden legal¹⁰⁵.

Pérez, por su parte, en su primera incursión en la parte especial se propone “estudiar sistemáticamente la legislación colombiana”¹⁰⁶; su sistema descansa en la mención inicial de “los bienes jurídicos tutelados en cada sección”¹⁰⁷ junto con su contexto histórico¹⁰⁸, “seguido del estudio particular del precepto, descomponiendo sus formas estructurales y comparándolo con otros”¹⁰⁹. El bien jurídico, sin embargo, juega aquí un rol crítico, no sistemático¹¹⁰. Este primer¹¹¹ Pérez muestra cierta dicotomía entre los postulados introductorios a su parte especial, donde deja entrever un débil sentido de vinculación a la ley, favoreciendo incluso “la terapia revolucionaria”¹¹² y su desarrollo de dicha parte, que abarca tres volúmenes apegados al orden legal, donde el interés es la correcta interpretación de los tipos penales. Por ejemplo, sus observaciones críticas a la noción de moral pública¹¹³ no inciden en su interpretación de los delitos contra la moral pública¹¹⁴. Otro ejemplo interesante lo ofrecen sus observaciones al bien jurídico economía nacional, industria y comercio, pues estas le permiten afirmar que también el consumidor es titular del bien jurídico, y no solo el industrial y el comerciante, como se desprendería de una mera exégesis de los tipos penales¹¹⁵. Esta presentación de los tipos penales de la parte especial, ajustada al orden legal e independiente de la comprensión crítica del bien jurídico, se repite en la segunda incursión de Pérez en la parte especial, solo que en esta omite toda referencia a

los criterios de sistematización¹¹⁶. En su lugar, Pérez remite a la explicación de las semejanzas y diferencias de las partes general y especial contenida en su primer volumen de parte general¹¹⁷ para después afirmar, apoyado en una decisión de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, la “alta jerarquía” de la parte general frente a la especial¹¹⁸. Pero la siguiente afirmación, tomada del prólogo del referido volumen de parte general, contradice la pretendida superioridad de la parte general: “La parte especial no es un simple desarrollo de las teorías sobre el delito”¹¹⁹. Por lo demás, no se ve ningún desarrollo a lo largo de los tres volúmenes de parte especial donde se haga operativa esta supuesta superioridad de la parte general¹²⁰.

Esta contradicción no es explícitamente resuelta en la tercera incursión de Pérez en la parte especial, en la que Pérez reafirma la superioridad de la parte general, agregando una reflexión, tomada de Mezger, que apunta a la función integradora de la parte general¹²¹; mientras que en la introducción al primer volumen de parte general desaparece el postulado de independencia¹²². En cuanto a la sistematización de la parte especial, el tercer Pérez abandona su anterior comprensión crítica del bien jurídico para comprenderlo ahora como “la preocupación de las comunidades, cuando estas pueden manifestarse como tales, o la de sus dirigentes, o la de quienes dicen hablar a nombre de ellas, por los bienes defendibles mediante el mecanismo represivo”¹²³; y esta comprensión del bien jurídico va precedida de una presentación de la parte especial como el ámbito de la legalidad y la seguridad jurídica¹²⁴.

Ahora bien, lo más interesante es que este abandono de la comprensión crítica del bien jurídico va acompañado de la adopción del criterio “que comúnmente se llama objetividad jurídica”¹²⁵ y que no es otro que el ya expuesto criterio diferencial de Carrara. Resulta forzado asociar un pensamiento que se imputa a Carrara, un liberal crítico del poder punitivo del estado, con la idea de que “[l]a clasificación de las infracciones no es una inquietud científica, aunque eso fuera lo deseable. Es un problema legislativo”¹²⁶. En todo caso, el tercer Pérez encuentra que el criterio “menos inseguro” para clasificar los delitos es el de la objetividad jurídica, es decir, aquel que atiende a la naturaleza del derecho quebrantado¹²⁷; y asocia ese criterio con el nombre de Carrara¹²⁸ para, posteriormente, traducirlo en la teoría del bien jurídico, pero no como un criterio clasificatorio de la parte especial, sino como una herramienta que fija límites a las reglas de imputación de la parte general¹²⁹.

Con Pérez, la ciencia del derecho penal colombiano alcanza su máximo nivel¹³⁰; por eso no es extraño que los demás libros dedicados a la parte especial, desde la segunda mitad del siglo XX, reproduzcan su sistema de clasificación y su estructura de estudio. Entre estos cabe resaltar la obra, en cuatro volúmenes, todos dedicados al estudio de la parte especial, de Pacheco. Esta obra, aunque omite hacer explícitos sus criterios de sistematización y se conforma con seguir el orden legal, identifica la razón legal de agrupamiento en familias, explica la arquitectura de cada uno de los miembros de la familia y establece relaciones entre dichos miembros y entre las distintas familias, todo en su contexto histórico¹³¹. Otras obras, en cambio, se limitaron al estudio exegético de los tipos penales, sin tener consciencia del criterio sistemático ni de su capacidad de rendimiento; así, por ejemplo, la de Arenas¹³² y la de Rendón¹³³⁻¹³⁴. Otros libros de penal especial, a su vez, se conformaron con breves alusiones al criterio sistematizador. Por ejemplo, Gutiérrez inicia delimitando la función de la parte especial, a saber, clasificar y describir “genérica y específicamente los diversos delitos, según los tipos que cataloga la ley penal”¹³⁵. Seguidamente, el autor asocia esta función con la idea de vinculación a la ley, propia de las democracias, porque en los países regidos por gobiernos absolutos se consagra “el principio de la libre creación del derecho por parte de los jueces, atribuyéndoles el carácter de intérpretes de una supuesta conciencia popular”¹³⁶. De acuerdo con Gutiérrez, en el código penal colombiano, los delitos se clasifican según el criterio del derecho violado, “es decir, tomando en cuenta la objetividad jurídica del delito”¹³⁷. Este criterio, tomado de Carrara, lo asocia a la división carrariana de delitos naturales y sociales, distinción que critica, en un argumento que recuerda a Rivas y a Concha, a quienes no menciona, “pues casi todo delito

lesiona a la sociedad y al mismo tiempo al individuo”¹³⁸; también presenta a la objetividad jurídica en una versión débil, en tanto ella sería incapaz de graduar el derecho perjudicado¹³⁹. Esta última crítica, sin embargo, no le hace justicia a la distinción carrariana entre criterio diferencial, donde va la objetividad jurídica, y criterio mensurador, donde va la graduación del derecho perjudicado. Pero a Gutiérrez no parece importarle, porque ese “es un problema que no compete a la ciencia penal, sino a la técnica legislativa”¹⁴⁰. No se entiende, entonces, la necesidad de apoyarse en Carrara, menos si después va a concluir que “[l]a denominación que se da a cada título [del código penal], señala el bien jurídico tutelado por las normas en él contenidas”¹⁴¹.

Montenegro y Acevedo también hacen breves alusiones al criterio sistemático de la parte especial. Montenegro agota el tema con la siguiente frase: “Para organizar los delitos, se tomó en cuenta cierta jerarquía de los valores”¹⁴². Y Acevedo quien desde el prefacio muestra simpatía por Carrara¹⁴³, divide la parte especial en delitos naturales y sociales. Los primeros “son los que violan de manera inmediata un derecho particular”¹⁴⁴, mientras que los segundos son “los que violan de modo inmediato un derecho universal”¹⁴⁵; los derechos particulares son los “que la ley natural concede al hombre”¹⁴⁶ y los universales son “consecuencia del estado de asociación civil”¹⁴⁷. A continuación, todavía de la mano de Carrara, acude al criterio del daño inmediato “para establecer las características diferenciales de una especie criminosa”¹⁴⁸, pues los delitos “se distinguen merced a criterios *desemejantes* y no merced a criterios *semejantes* que constituyen el género y los separan de otros géneros”¹⁴⁹. Así, por ejemplo, cuando estudia el homicidio agravado, lo relaciona con el homicidio simple mediante los conceptos carrarianos de cantidad de delito, criterio mensurador, daño inmediato y daño mediato¹⁵⁰.

Mención aparte merece Delgado, pues él, contrario a sus antecesores nacionales y sin el soporte de la dogmática alemana de la parte especial, propone ubicar entre la parte general y la parte especial una teoría general de la parte especial¹⁵¹ que “evitaría la exégesis fragmentaria con que se interpretan los delitos”¹⁵². En reemplazo de la exégesis propone una sistematización de los tipos penales que dé cuenta de las diferencias existentes entre ellos en tanto “expresión peculiar de un determinado medio social, lleno de contradicciones y de inconsciencia”¹⁵³. La sistematización de Delgado inicia con el reconocimiento de una gran división de la parte especial, la cual incluye ataques “a ciertos bienes y derechos connaturales con el ser humano”¹⁵⁴, así como a “bienes, derechos e intereses reconocidos al hombre como una consecuencia de las condiciones sociales de la vida en comunidad”¹⁵⁵. Esta división lleva a Delgado a concluir la prioridad histórica de la parte especial:

Primero se presentan hechos en concreto y por más que al imponer la sanción correspondiente se apliquen normas generales producto de un proceso de abstracción lógica, ésta sigue siendo históricamente posterior, ya que antes de la aplicación de la sanción el hecho debe estar prohibido en la ley, que es lo que constituye el principio de legalidad.¹⁵⁶

Esta prioridad lógica le permite a Delgado afirmar que “el verdadero derecho penal se condensa en la parte especial, ya que de ella provienen las normas de la parte general”¹⁵⁷. Pese a la importancia de la parte especial, Delgado constata que su estudio está dominado por un método exegético y casuista de cada figura en particular, “sin guardar ningún rigor sistemático o sentido estructural”¹⁵⁸; como respuesta ensaya “un método sistemático o, por lo menos, no tan exegético”¹⁵⁹, orientado a destacar contradicciones entre normas, apoyado, entre otras disciplinas, en la historia.

Dejando de lado las dificultades que proporciona un legislador, “que procede a impulsos de un específico interés político, entendido en el sentido de oportunismo, demagogia, interés electoral o de grupo o de presión”¹⁶⁰, Delgado era consciente de la genuina particularidad de la parte especial, a saber, la individualidad de cada delito. La parte especial del código penal está conformada por un catálogo de delitos, de forma tal que “[c]ada figura tiene determinados elementos constitutivos autónomos e independientes, lo que provoca un autarquismo indiscutible que impide una generalización global, pues lo que tiene un cariz particular no puede tener, a la vez, un significado general”¹⁶¹. Bajo estas condiciones, el intérprete solo puede aspirar a “un

plano de interpretación que haga posible una relativa generalización”¹⁶². Esta idea se hace operativa mediante las siguientes cuatro reglas de interpretación de la parte especial:

La primera regla, que refleja la independencia entre las partes general y especial, es que “el objeto de la parte especial radica en el estudio de los delitos en particular”¹⁶³. La segunda regla, derivada del carácter fragmentario de la parte especial, es decir que en la parte especial cada delito conserva su individualidad, “de manera que la tarea del juez o del jurista consiste en el estudio diferenciador de una conducta de otra”¹⁶⁴. La tercera regla destaca la necesidad de adoptar un método que, siendo respetuoso de las diferencias, sienta las bases generales de interpretación, aprovechando los elementos afines a ciertos delitos¹⁶⁵. Finalmente, la cuarta regla, que más que una regla es el desiderátum de Delgado, dice que la regla dos y la regla tres conforman la “parte general” de la parte especial¹⁶⁶. Estas reglas permiten una interpretación sistemática de la parte especial que descansa en la clasificación de los delitos en grupos y subgrupos¹⁶⁷.

Propuesta de sistematización

Como ya se vio, el segundo Pérez y Delgado separaron conscientemente la parte especial de la general; Delgado, incluso, fue consciente de la prioridad de la parte especial frente a la general. El sistema de la parte especial del derecho penal colombiano debe iniciar, siguiendo la primera regla de Delgado, fijando el objeto de estudio de la parte especial, que no es otro que los delitos en particular. Solo la parte especial determina qué es delito y como un delito en particular puede ser muy diferente de otro, su pretensión sistemática no puede ser general en el sentido de la teoría general del delito. Delgado denominó esta característica de la parte especial, en su segunda regla interpretativa, la individualidad de cada delito.

Por otra parte, aunque hay delitos emparentados entre sí, otros comportamientos o circunstancias que, desde cierta perspectiva, también podrían estar emparentados con el delito pueden no estar previstos en el código penal. En este punto, el intérprete debe moverse entre el respeto a la ley y la superación de sus vacíos. Para esto no basta una mera presentación de los tipos penales contenidos en el código, menos aún si descansa en el significado aislado de las palabras de la ley, sino que se requiere de una presentación conceptual con arreglo a un criterio sistemático. El criterio que debería orientar la sistematización científica de la parte especial del derecho penal en Colombia, si se atiende a la herencia ilustrada de su parte especial, es el criterio del parentesco en torno a un objeto de protección legal, este último también conocido como bien jurídico¹⁶⁸. Los códigos de 1837 y 1890, prácticamente idénticos¹⁶⁹, heredaron de la codificación temprana europea el criterio del objeto de protección de la norma frente a comportamientos lesivos o peligrosos¹⁷⁰ en un estadio rústico, a saber, delitos contra la sociedad y delitos contra los particulares. Hoy esta división se asocia con el bien jurídico por referencia a la identificación del titular de ese bien, a saber, la totalidad de los miembros de una comunidad o una persona concreta, respectivamente¹⁷¹. El código penal de 1936, heredero de la codificación tardía europea, desagregó con mayor detalle la idea del bien jurídico como objeto de protección, y esa estructura se ha mantenido inalterada hasta hoy. Sin embargo, la doctrina nacional no ha sabido incorporar esta idea de protección de bienes a sus estudios de parte especial; antes bien, ha expresado apego a un criterio *ius naturalista* y presentado, a continuación, el derecho positivo vigente, con mucha frecuencia, apoyando esa presentación en el significado aislado de las palabras.

La sistematización de la parte especial del derecho penal colombiano debería iniciar con la división entre normas de sanción que amenazan con pena el quebrantamiento de normas de comportamiento que protegen bienes jurídicos individuales y normas de sanción que amenazan con pena el quebrantamiento de normas de comportamiento que protegen bienes jurídicos colectivos. El actual código penal colombiano tiene ese orden, de acuerdo con su exposición de motivos, por mandato constitucional; pero en una exposición sistemática resulta más apropiado validar ese orden con el argumento de Merkel, en el que los delitos contra la persona

constituyen la forma más simple de delito, al que le siguen, en un orden ascendente en complejidad, los delitos contra la sociedad y, finalmente, los delitos contra el estado, siendo aconsejable ir de lo simple a lo complejo¹⁷². El punto de partida propuesto es respetuoso de la tradición legal iniciada en el código de 1837 y de la rudimentaria presentación de Rivas de 1893. Pero, más importante aún, operacionaliza el criterio, defendido por Binding, de la parte especial del derecho penal como derecho de protección. El objeto de protección en el primer grupo lo conforman bienes jurídicos, cuya titularidad está en una persona concreta. Este grupo de bienes jurídicos individuales se deja subclasificar en dos clases, a saber, bienes personalísimos y bienes materiales¹⁷³. Los bienes personalísimos son aquellos que “tienen por objeto determinadas libertades que definen el estatus de una persona en derecho”¹⁷⁴. Aquí se ubican la vida, la integridad personal, la libertad individual, la libertad y la integridad sexual, y la integridad moral. Los bienes materiales, por su parte, son aquellos que “proporcionan a una persona oportunidades de libre desenvolvimiento”¹⁷⁵. Aquí se ubican la propiedad y el patrimonio¹⁷⁶. Un aspecto importante, a propósito de esta división, lo constituye el criterio definitorio de una y otra clase de bienes individuales. Recientemente, la Corte Suprema de Justicia de Colombia se refirió a la libertad sexual como un bien jurídico disponible¹⁷⁷. Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia se ha referido al patrimonio como un bien jurídico disponible¹⁷⁸. Por lo menos en relación al bien jurídico personalísimo de la libertad sexual y al bien jurídico material del patrimonio, entonces, la disponibilidad no puede ser el criterio definitorio.

Esta conclusión es correcta; al respecto Kindhäuser ha llamado la atención sobre la “alienabilidad” como el criterio que permite distinguir los bienes personalísimos de los materiales. Los bienes personalísimos son disponibles, pero, en tanto constitutivos de la personalidad jurídica, son inalienables¹⁷⁹. Alienable y disponible son conceptos diferentes; que un bien sea alienable significa que su titular está en la posición de enajenarlo, lo que no ocurre con los bienes constitutivos de la existencia de la persona en derecho¹⁸⁰. En todo caso, “la inadmisibilidad de la enajenación de bienes jurídicos personalísimos no tiene que excluir su disponibilidad”¹⁸¹. Por su parte, los bienes materiales no le pertenecen a su titular en virtud de su constitución como persona en derecho, sino que son adquiridos por él; su función es satisfacer intereses y de allí que puedan ser enajenados¹⁸². El objeto de protección en el segundo grupo, a saber, el compuesto por normas de sanción que amenazan con pena el quebrantamiento de normas de comportamiento que protegen bienes jurídicos colectivos, lo conforman bienes jurídicos cuya titularidad está en la totalidad de los miembros de una comunidad. Este grupo tiene la peculiaridad de que su objeto de protección o bien jurídico no coincide con el objeto de ataque u objeto de la acción; por ejemplo, en la falsedad documental el bien jurídico protegido es la verdad o la fe pública, mientras que el objeto de la acción es el documento falsificado en el caso concreto¹⁸³. El objeto de la acción surge “de la observación puramente exterior del curso de la acción incriminada”¹⁸⁴, es el objeto concreto en el que se ejecuta la acción¹⁸⁵. El bien jurídico, además, incorpora la razón de la incriminación¹⁸⁶. Hefendehl identifica tres formas de relación legal entre bien jurídico y objeto de la acción. En la primera, que este denomina coincidencia formal y de contenido, el bien jurídico es empleado en la formulación del tipo; por ejemplo, el § 263 del código penal alemán tipifica la estafa aludiendo al patrimonio¹⁸⁷. En la segunda, que Hefendehl denomina coincidencia de contenido, tanto el bien jurídico como el objeto de la acción se reconducen a conceptos con el mismo contenido; por ejemplo, el objeto de la acción en el homicidio es la persona y el bien jurídico es la vida, “pero ambos conceptos tienen el mismo contenido en la interpretación de los delitos contra la vida”¹⁸⁸. Finalmente, en la tercera forma no hay ni identidad formal ni identidad material entre bien jurídico y objeto de la acción; se trata de comportamientos prohibidos por el legislador, pero que no se ven como la lesión de un bien jurídico¹⁸⁹. Sobre la base de la separación entre bien jurídico y objeto de la acción, Maurach postula la idea de que el objeto de la acción es un “representante casual” del bien jurídico¹⁹⁰. Este representante, es decir el objeto de la acción, no es equiparable al representado, es decir al bien jurídico, pero está frente a él en una “relación especial”; si no

existe una relación lo suficientemente estrecha, no podrá hablarse de representante¹⁹¹. Ignorar este aspecto, propio de la estructura de los delitos que atentan contra bienes jurídicos colectivos, por ejemplo, sometiendo el bien jurídico a leyes causales como si fuera idéntico al objeto de la acción¹⁹², lleva a “funestas conclusiones equivocadas”¹⁹³ que Kindhäuser tematiza bajo el nombre de “paradigma de la agresión”¹⁹⁴.

De acuerdo con el paradigma de la agresión los delitos que no consistan en el menoscabo de la sustancia de un bien son ilegítimos¹⁹⁵; sin embargo, como Kindhäuser demostró, la interpretación del hecho punible como “agresión” al bien jurídico deja a merced de fórmulas vacías la determinación de la dañosidad de un hecho antinormativo¹⁹⁶. Atendiendo a la dañosidad, conviene hacer explícito que la estructura típica de los delitos contra bienes jurídicos colectivos es la estructura del delito de peligro abstracto porque lo particular de las normas de los delitos de peligro abstracto no es garantizar la integridad del bien, sino la disposición despreocupada de este¹⁹⁷. Esta particularidad estructural permite delimitar los bienes jurídicos colectivos de los individuales; así, la salvaguarda de los últimos está en cabeza de una persona concreta, mientras que la salvaguarda de los primeros “debe compensarse mediante garantías normativas”¹⁹⁸. Pero esta referencia del bien jurídico colectivo al titular del bien protegido es insuficiente como criterio sistemático¹⁹⁹. El sistema de los delitos contra bienes colectivos comprende delitos contra la sociedad y delitos contra el estado. En los delitos contra la sociedad se trata de bienes jurídicos que crean espacios de libertad para los individuos. Se trata de bienes jurídicos que, como los bienes jurídicos individuales, constantemente acompañan la vida de los miembros de la sociedad; estos tienen, por tanto, una estructura personal que puede dificultar su delimitación de los bienes jurídicos individuales²⁰⁰. En los delitos contra el estado se trata de bienes jurídicos para la protección de las condiciones marco del estado; estos bienes jurídicos abrazan la existencia del estado en sus diferentes niveles jerárquicos, a saber, existencia, funcionamiento e imposición pacífica del derecho²⁰¹. En cuanto a su estructura, los bienes jurídicos colectivos presentan los siguientes criterios definitorios: no exclusión en el uso y no rivalidad en el consumo²⁰²; así, por ejemplo, la administración de justicia es un bien colectivo porque nadie puede ser excluido de su uso y porque el uso que una persona haga de ese bien no imposibilita el uso de otra persona. Mediante la no distributividad se delimitan bienes colectivos de derechos individuales; un bien es colectivo, de acuerdo con este criterio, “cuando es conceptual, fáctica o jurídicamente imposible descomponer ese bien en partes y asignarlas a los individuos como porciones”²⁰³. El criterio de la no rivalidad en el consumo se complementa con el criterio del no desgaste cuando se trata de bienes colectivos que permiten un uso contrario a derecho²⁰⁴. De la conjunción de los criterios de no rivalidad en el consumo y no desgaste surgen tres grupos. En primer lugar, los bienes jurídicos concernientes a la existencia y organización del estado no son, en estricto sentido, usados por los miembros de la sociedad, sino que se aseguran para ellos; estos bienes jurídicos solo satisfacen el criterio de la no distributividad.

En segundo lugar, los bienes jurídicos que consisten en contingentes agotables relevantes, como el medio ambiente, sí son usados. Como se trata de bienes agotables, su uso debe limitarse. Finalmente, en tercer lugar, los bienes jurídicos a los que cualquier miembro de la sociedad debe poder acudir, como la administración de justicia, tienen que diseñarse institucionalmente libres de desgaste²⁰⁵.

Después de esta gran división sistemática que distingue entre bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos cabe hacer todavía subdivisiones al interior de cada grupo de acuerdo con el criterio *bindingdiano* del parentesco. Este criterio, si bien no en esos términos, tiene tradición en Colombia. Así, una decisión de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 1971 discutió la posición sistemática del uxoricidio, es decir, la acción de matar al cónyuge por celos, vigente en el código de 1936. Partiendo de una relación entre asesinato y homicidio, en la que el asesinato era un tipo subordinado calificado del homicidio, entre otras causales por recaer en el cónyuge, el problema jurídico era asociar el uxoricidio, en tanto poseedor de una rebaja punitiva, bien al asesinato, bien al homicidio. De esa decisión me importa la clasificación de los tipos penales en básicos, especiales y subordinados. Los tipos básicos “relacionan actividades lesivas de bienes jurídicos que constituyen

infracciones por sí mismas”²⁰⁶. Los tipos especiales toman de los básicos “sus caracteres principales, pero añaden a estos otros requisitos que les conceden existencia propia y pueden, por lo tanto, establecerse y ser reconocidos autónomamente, siendo opuestos al tipo básico”²⁰⁷. Los tipos subordinados, finalmente, son aquellos “que llevan apenas enunciados calificadores de la acción, manteniendo un orden dependiente del tipo principal, del que no pueden emanciparse y al que no pueden contraponerse”²⁰⁸. Esta clasificación, aunque se repitió en una decisión de 1984²⁰⁹, no ha sido determinante, ni en la jurisprudencia posterior a 1984 ni en la doctrina de la parte especial. En la sistematización propuesta, en cambio, juega un rol decisivo; traducida a los términos del primer criterio del parentesco, lo distintivo de un tipo básico son sus elementos del delito y lo distintivo de un tipo subordinado son los elementos de la punibilidad. Al interior de cada familia de delito hay tipos básicos y tipos subordinados del básico, calificados y privilegiados. La categoría de tipo especial, por su parte, tiene un alto potencial explicativo para esclarecer la relación que se da entre diferentes subconjuntos de delitos; por ejemplo, el peculado del art. 397 del código penal no es más que un tipo especial del abuso de confianza del art. 249 del mismo código.

Bibliografía

Adolf Merkel, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* (Ferdinand Enke, Stuttgart, 1889).

[I] Ángel Martín Vásquez Abad, *Tratado de derecho penal colombiano* [cuenta como el tomo I del *Tratado*, dedicado a la parte general] (Universidad Pontificia Bolivariana, 1948).

[II] Ángel Martín Vásquez Abad, *Tratado de derecho penal colombiano* [cuenta como el tomo II del *Tratado*, primer volumen dedicado a la parte especial] (Universidad Pontificia Bolivariana, 1949).

[III] Ángel Martín Vásquez Abad, *Tratado de derecho penal colombiano* [cuenta como el tomo III del *Tratado*, segundo volumen dedicado a la parte especial] (Universidad Pontificia Bolivariana, 1951).

[I] Antonio Vicente Arenas, *Comentarios al código penal colombiano. Parte especial*, I, (Universidad Libre, 1959).

[II] Antonio Vicente Arenas, *Comentarios al código penal colombiano. Parte especial*, II, (Sucre, 1960).

[III] Antonio Vicente Arenas, *Comentarios al código penal colombiano*, II, 1, 5.ª ed. (Temis, 1983).

[IV] Antonio Vicente Arenas, *Comentarios al código penal colombiano*, II, 2, 5.ª ed. (Temis, 1984).

Aura Helena Peñas Felizzola, *Génesis del sistema penal colombiano* (Doctrina y Ley, 2006).

Calixto Montenegro B., *Curso de derecho penal especial*, I (Librería del Profesional, 1977).

Carlos Alchourrón & Eugenio Bulygin, *Sistemas normativos*, 2.ª ed., (Astrea, 2012).

Comisión de asuntos penales y penitenciarios, *Trabajos preparatorios del nuevo código penal*, II (Imprenta Nacional, 1939).

[I] Comisión redactora del código penal, *Actas del nuevo código penal colombiano*, II, (Colección Pequeño Foro, 1981).

[II] Comisión redactora del código penal, *Actas del nuevo código penal colombiano*, III, (Colección Pequeño Foro, 1986).

Corte Constitucional de Colombia [C.C.], mayo 28, 2002, Sentencia C-420/02, [Colom.].

Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], *Gaceta Judicial*, CXXXIX (1971), noviembre 19, 1971, 519-524.

Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], *Gaceta Judicial*, CLXXVII (1984), enero 17, 1984, 19-23.

Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Auto AP2070-2018/51870, mayo 23, 2018.

Diego Eduardo López Medina, *Teoría impura del derecho* (Legis, 2004).

Fernando Atria, *La forma del derecho* (Marcial Pons, 2016).

[I] Francesco Carrara, *Programa de derecho criminal*, III [traducción de la 7.ª ed. italiana por Ortega y Guerrero] (Temis, 1991).

- [II] Francesco Carrara, *Programa de derecho criminal*, VIII [traducción de la 11.^a ed. italiana por Ortega y Guerrero] (Temis, 1991).
- [III] Francesco Carrara, *Programa de derecho criminal*, VI [traducción de la 7.^a ed. italiana por Ortega y Guerrero] (Temis, 1996).
- [IV] Francisco Carrara, *Programa del curso de derecho criminal*, I [traducción de la 10.^a ed. italiana por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia], (Reus, 1925).
- Francisco José Ferreira Delgado, *Derecho penal especial*, I (Temis, 2006).
- Giovanni Carmignani, *Elementos de derecho criminal* [traducción de la 1.^a ed. italiana de 1863 por Forero] (Temis, 1979).
- Gustavo Rendón Gaviria, *Derecho penal colombiano. Parte especial*, I, 3.^a ed. (Temis, 1973).
- Hans-Heinrich Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 4.^a ed. (Duncker & Humblot, 1988).
- Jairo López Morales, comp., *Antecedentes del nuevo código penal* (Doctrina y Ley, 2000).
- J. M. F. Birnbaum, *Ueber das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*, 2 *Archiv des Criminalrechts*, 149-194 (1834).
- José María Ots Capdequi, *España en América. Las instituciones coloniales*, 2.^a ed., (Universidad Nacional de Colombia, 1952).
- [I] José Vicente Concha, *Tratado de derecho penal* (Librería Americana, Bogotá, 1897).
- [II] José Vicente Concha, *Tratado de derecho penal*, 7.^a ed. (Librería Americana, 1929).
- Juan Pablo Mañalich, *Nötigung und Verantwortung* (Nomos, Baden-Baden, 2009).
- [I] Karl Binding, *Handbuch des Strafrechts*, I (Duncker & Humblot, Leipzig, 1885).
- [II] Karl Binding, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, I, 2.^a ed., (Felix Meiner, Leipzig, 1902).
- [III] Karl Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, 4.^a ed. (Felix Meiner, Leipzig, 1922).
- Knut Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft* (Athenäum, Fráncfort del Meno, 1972).
- [I] Luis Carlos Pérez, *Derecho penal colombiano. Parte especial*, I (Temis, 1956).
- [II] Luis Carlos Pérez, *Derecho penal colombiano. Parte especial*, II (Temis, 1957).
- [III] Luis Carlos Pérez, *Tratado de derecho penal*, I (Temis, 1967).
- [IV] Luis Carlos Pérez, *Tratado de derecho penal*, III (Temis, 1968).
- [V] Luis Carlos Pérez, *Tratado de derecho penal*, IV (Temis, 1971).
- [VI] Luis Carlos Pérez, *Derecho penal. Partes general y especial*, III (Temis, 1984).
- [VII] Luis Carlos Pérez, *Derecho penal. Partes general y especial*, I, 2.^a ed. (Temis, 1987).
- [VIII] Luis Carlos Pérez, *Derecho penal. Partes general y especial*, III, 2.^a ed. (Temis, 1990).
- Luis Fernando Tocora, *Derecho penal especial*, 11.^a ed. (Librería Ediciones del Profesional, 2009).
- Luis Gutiérrez Jiménez, *Derecho penal especial* (Temis, 1965).
- Medardo Rivas, *Conferencias sobre jurisprudencia criminal* (Imprenta de Medardo Rivas, Bogotá, 1893).
- Orlando De-La-Vega, *Über den Einfluss der deutschen Straftatlehre in Kolumbien*, en Böse, Schumann & Toepel, ed., *Festschrift für Urs Kindhäuser* 107-117 (Nomos, Baden-Baden, 2019).
- [I] Pedro Pacheco Osorio, *Derecho penal especial*, IV (Temis, 1975).
- [II] Pedro Pacheco Osorio, *Derecho penal especial*, II, 2.^a ed. (Temis, 1977).
- [III] Pedro Pacheco Osorio, *Derecho penal especial*, I, 4.^a ed. (Temis, 1978).
- [IV] Pedro Pacheco Osorio, *Derecho penal especial*, III, 2.^a ed. (Temis, 1978).
- [I] P. J. A. Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, I, (in der Henningschen Buchhandlung, 1799).

- [II] P.J. A. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 10.^a ed. (Georg Friedrich Heyer, Giessen, 1828).
- Ramón Acevedo Blanco, *Manual de derecho penal* (Temis, 1983).
- Reinhart Maurach, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., (C.F. Müller, Karlsruhe, 1965).
- Roland Hefendehl, *Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm*, en Hefendehl, von Hirsch & Wohlers, ed., *Die Rechtsgutstheorie*, 119-132 (Nomos, Baden-Baden, 2003).
- Sergio Delgado Calderón, *Derecho penal especial* (Librería Jurídica Wilches, 1979).
- [I] Urs Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat* (Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno, 1989).
- [II] Urs Kindhäuser, *Strafrecht. Besonderer Teil*, II, 9.^a ed. (Nomos, Baden-Baden, 2017).

Notas

- * Artículo de investigaciónEl presente artículo es un subproducto del proyecto de investigación “La sistematización científica del derecho penal en Colombia”, el cual fue financiado por la Pontificia Universidad Javeriana.
- 1 Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios, *Trabajos preparatorios del nuevo código penal*, II, 131 (Imprenta Nacional de Colombia, 1939).
- 2 La comisión de 1979 consideró innecesario introducir cambios en el sistema de la parte especial. I Comisión redactora del código penal, *Actas del nuevo código penal colombiano*, II, 251 (Colección Pequeño Foro, 1981). Las exposiciones de motivos de los anteproyectos de 1974, 1976 y 1978, se limitaron a decir que la parte especial contiene las tradicionales modalidades delictivas. [II] Comisión redactora del código penal, *Actas del nuevo código penal colombiano*, III, 247, 274 y 495 (Colección Pequeño Foro, 1986). Finalmente, en la ponencia del senador Federico Estrada se lee: “[P]or el aspecto sistemático, los dos estatutos son idénticos”; [II] Comisión redactora del código penal, pág. 649.
- 3 En la discusión legislativa, se dijo que el único “cambio” consistió en ubicar los delitos contra bienes jurídicos individuales antes que los delitos contra bienes jurídicos colectivos “atendiendo al plexo axiológico constitucional”. J. López Morales, comp., *Antecedentes del nuevo código penal*, 612 (Doctrina y Ley, 2000).
- 4 Véase A. H. Peñas Felizzola, *Génesis del sistema penal colombiano*, 280 (Doctrina y Ley, 2006), a propósito del código penal de la Nueva Granda de 1837.
- 5 [IV] F. Carrara, *Programa del curso de derecho criminal*, I, XI (Reus, 1925).
- 6 De acuerdo con su destinatario se dividía en derecho español en las Indias Occidentales y derecho indiano; para el momento de la independencia se materializaba, respectivamente, en la Novísima Recopilación de 1805 y en el Nuevo Código Legal de Indias de 1792. J. M. Ots Capdequi, *España en América. Las instituciones coloniales*, 2.^a ed., 9, 35 y 94 (Universidad Nacional de Colombia, 1952).
- 7 [I] F. Carrara, *Programa de derecho criminal*, III, 3 (Temis, 1991).
- 8 *Id.*
- 9 [I] F. Carrara, *supra nota* 7, pág. 5.
- 10 *Id.*, pág. 6.
- 11 *Id.*, pág. 9.
- 12 *Id.*, pág. 10.
- 13 *Id.*, pág. 12.
- 14 *Id.*, pág. 13.
- 15 *Id.*
- 16 *Id.*, pág. 17.
- 17 *Id.*, pág. 18.
- 18 *Id.*
- 19 *Id.*
- 20 *Id.*
- 21 *Id.*
- 22 *Id.*, pág. 19.
- 23 [IV] F. Carrara, *supra nota* 5, § 54.
- 24 [I] F. Carrara, *supra nota* 7, pág. 19.
- 25 En el tomo I del *Programa Carrara* se refiere a Carmignani como “gran maestro”. [IV] F. Carrara, *supra nota* 5, IX.
- 26 G. Carmignani, *Elementos de derecho criminal*, §§ 137 y 703 (Temis, 1979).
- 27 [I] F. Carrara, *supra nota* 7, pág. 21 [cursiva del original].

- 28 *Id.*, págs. 22 ss.
- 29 *Id.*, pág. 23.
- 30 *Id.*, pág. 24.
- 31 Alchourrón & Bulygin ven en la sustitución del postulado de la evidencia por las normas de derecho positivo el tránsito del derecho natural a la dogmática jurídica; Carlos Alchourrón & Eugenio Bulygin, *Sistemas normativos*, 2.^a ed., 79 (Astrea, 2012).
- 32 Aunque con alguna regularidad mencione el código penal toscano, “el código más docto de los surgidos en Europa”, de influencia alemana, y critique al código penal sardo, de influencia francesa, por estar plagado de errores y escrito en mal italiano, lo usual es que no se restrinja “al árido comentario del código del país”; [II] F. Carrara, *Programa de derecho criminal*, VIII, § 3302 (Temis, 1991); [III] F. Carrara, *Programa de derecho criminal*, VI, § 2204 (Temis, 1996); y [IV] F. Carrara, *supra* nota 5, pág. 13.
- 33 [I] F. Carrara, *supra* nota 7, § 1079.
- 34 *Id.*, § 1080 [cursiva del original].
- 35 [I] F. Carrara, *supra* nota 7, § 1080.
- 36 *Id.*, § 1081.
- 37 *Id.*, § 1081.
- 38 *Id.*, §§ 1082-1083.
- 39 [IV] F. Carrara, *supra* nota 5, XI y XIII.
- 40 “[R]efrenar las aberraciones de la autoridad social”; *Id.*, XI.
- 41 [I] P. J. A. Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, I, 144 (in der Henningschen Buchhandlung, 1799); al respecto, Orlando De-La-Vega, *Über den Einfluss der deutschen Straftatlehre in Kolumbien*, en Böse, Schumann & Toepel, ed., *Festschrift für Urs Kindhäuser* 112 (Nomos, Baden-Baden, 2019); acerca de cómo “las prácticas jurídicas pre-revolucionarias habían comenzado a entender, producto del absolutismo, al derecho como órdenes del soberano”, F. Atria, *La forma del derecho* 53 (Marcial Pons, 2016).
- 42 [I] K. Binding, *Handbuch des Strafrechts*, I, 3 (Duncker & Humblot, Leipzig, 1885).
- 43 *Id.*, VII; y en su conferencia de 1888 sobre “La coacción jurídica” inicia diciendo que “[n]o queremos hacer sociología, ni retórica, sino jurisprudencia”; [III] K. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, 4.^a ed., 483 (Felix Meiner, Leipzig, 1922).
- 44 [II] K. Binding, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, I, 2.^a ed., 1 (Felix Meiner, Leipzig, 1902).
- 45 *Id.*, pág. 1.
- 46 *Id.*
- 47 *Id.*, pág. 2; ya antes, en el prólogo de su *Manual*, anunciaba su interés por la “jurisprudencia práctica”. [I] K. Binding, *supra* nota 42, IX.
- 48 [II] K. Binding, *supra* nota 44, pág. 2.
- 49 *Id.*, pág. 3.
- 50 *Id.*, pág. 3.
- 51 O. De-La-Vega, *supra* nota 41, pág. 115.
- 52 [II] K. Binding, *supra* nota 44, pág. 3.
- 53 *Id.*, pág. 4.
- 54 *Id.*
- 55 *Id.*, pág. 5.
- 56 *Id.*
- 57 *Id.*
- 58 *Id.*
- 59 *Id.*
- 60 [I] K. Binding, *supra* nota 42, pág. 508.
- 61 *Id.*, págs. 509 ss.
- 62 [II] K. Binding, *supra* nota 44, pág. 5.
- 63 *Id.*, pág. 6.
- 64 *Id.*
- 65 *Id.*, págs. 6 ss.
- 66 *Id.*, pág. 7.
- 67 *Id.*, pág. 8.
- 68 *Id.*, pág. 9.
- 69 *Id.*
- 70 *Id.*, págs. 9 ss.

- 71 *Id.*, pág. 10.
- 72 *Id.*, págs. 11-15.
- 73 *Id.*, pág. 15.
- 74 Es importante destacar que Binding llama delito “toda acción que contradice una norma —una prohibición o mandato jurídico—, sin consideración a si ese quebrantamiento acarrea una pena o fue dejado impune”. *Id.*, pág. 8. Binding, por lo demás, era consciente de la posibilidad de una *lex imperfecta*, es decir, una norma que impone deberes jurídicos sin asociar consecuencias jurídicas a su quebrantamiento. [III] K. Binding, *supra* nota 43, pág. 63.
- 75 [II] K. Binding, *supra* nota 44, pág. 15.
- 76 *Id.*, pág. 16.
- 77 *Id.*, pág. 19.
- 78 *Id.*, págs. 18 ss.
- 79 *Id.*, pág. 20.
- 80 *Id.*, pág. 21.
- 81 Ampliar el delito de daño en la salud a la modificación de la superficie del cuerpo sin consecuencias para la salud; *Id.*, pág. 22.
- 82 Ampliar la injuria a cualquier posible menoscabo de la sensibilidad. *Id.*
- 83 Atria, *supra* nota 41, pág. 22.
- 84 M. Rivas, *Conferencias sobre jurisprudencia criminal* 19 (Imprenta de Medardo Rivas, Bogotá, 1893); y más adelante agrega: “¿Los Códigos son la última palabra de la ciencia? No; son la obra de la ignorancia”, pág. 139.
- 85 *Id.*, pág. 111.
- 86 Véase la cita del código penal francés en M. Rivas, *supra* nota 84, pág. 93.
- 87 Hans-Heinrich Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., § 26 I, 233 (Duncker & Humblot, Berlín, 1988).
- 88 M. Rivas, *supra* nota 84, pág. 111.
- 89 *Id.*, pág. 113.
- 90 *Id.*, pág. 114.
- 91 *Id.*, pág. 115.
- 92 *Id.*, págs. 115 ss.
- 93 *Id.*, pág. 119.
- 94 [I] J. V. Concha, *Tratado de derecho penal*, V (Librería Americana, Bogotá, 1897).
- 95 *Id.*, VII.
- 96 *Id.*
- 97 *Id.*, pág. 177.
- 98 Aunque al inicio de la presentación de los “Delitos contra los particulares” también hay una nota preliminar, en ella Concha simplemente menciona cuáles son los delitos contra la persona. *Id.*, pág. 281.
- 99 [II] J. V. Concha, *Tratado de derecho penal*, 7.^a ed., 6 y 157 (Librería Americana, Bogotá, 1929).
- 100 [I] Á. M. Vásquez Abad, *Tratado de derecho penal colombiano* 5 (Universidad Pontificia Bolivariana, 1948).
- 101 *Id.*, pág. 8.
- 102 Principalmente extranjera, sobresaliendo el jurista argentino Soler; aunque se destaca una alusión a Concha en [II] Á. M. Vásquez Abad, *Tratado de derecho penal colombiano* 26 (Universidad Pontificia Bolivariana, 1949).
- 103 *Id.*, págs. 71-85 y [III] Á. M. Vásquez Abad, *Tratado de derecho penal colombiano* 89-94 (Universidad Pontificia Bolivariana, 1951).
- 104 [II] Á. M. Vásquez, *supra* nota 102, págs. 102 y 191; [III] Á. M. Vásquez, *supra* nota 103, pág. 20. En contra de esta última definición de diccionario, [II] L. C. Pérez, *Derecho penal colombiano. Parte especial*, II, 15 (Temis, Bogotá, 1957). sin embargo, Pérez se apoya en el diccionario, pág. 391.
- 105 Aunque vale resaltar que a veces habla de bien jurídico, a veces de objetividad jurídica y a veces de derechos fundamentales tutelados; [II] Á. M. Vásquez, *supra* nota 102, págs. 63, 72, 233 y 242; y [III] Á. M. Vásquez, *supra* nota 103, págs. 124.
- 106 [I] L. C. Pérez, *Derecho penal colombiano. Parte especial*, I, VIII (Temis, 1956).
- 107 *Id.*
- 108 *Id.*
- 109 I Pérez, X, *op. cit.*
- 110 *Id.*, XI; tampoco es clara la diferencia entre bien jurídico y derecho subjetivo. *Id.*, VII.
- 111 La nomenclatura responde a la sucesión de obras, así: Primer Pérez, *Derecho penal colombiano*; segundo Pérez, *Tratado de derecho penal*; y tercer Pérez, *Derecho penal*. Acotado a los criterios de sistematización de la parte especial, la sucesión de obras muestra un debilitamiento gradual de la idea de bien jurídico, comprendido en sentido crítico, junto a un fortalecimiento del “criterio de la objetividad jurídica” de Carrara, entendido como un mero criterio de ordenación de

- tipos penales. Resulta notorio el cambio de etiquetas, pues el criterio clasificatorio es el bien jurídico y el concepto crítico es el criterio diferencial de Carrara.
- 112 [I] L. C. Pérez, *supra* nota 106, VIII.
- 113 *Id.*, págs. 475-481.
- 114 *Id.*, págs. 482-494.
- 115 [II] L. C. Pérez, *supra* nota 102, págs. 105.
- 116 [IV] L. C. Pérez, *Tratado de derecho penal*, III, 2 (Temis, 1968).
- 117 *Id.*, pág. 1.
- 118 *Id.*, págs. 1 ss.
- 119 [III] L. C. Pérez, *Tratado de derecho penal*, I, IX (Temis, 1967); y, agrega: “No compartimos la tesis [...] de que el análisis de las figuras delictivas es empresa casuística, que se satisface llanamente con las doctrinas generales”.
- 120 Y, en cambio, la preponderancia que Pérez le otorga al *animus injuriandi* en la injuria, cuyo tipo penal no incluye ningún elemento subjetivo especial, no es capitalizada como una derivación de la pretendida superioridad de la parte general sobre la especial; [V] L. C. Pérez, *Tratado de derecho penal*, IV, 601-603 (Temis, 1971).
- 121 [VI] L. C. Pérez, *Derecho penal. Partes general y especial*, III, 4 (Temis, Bogotá, 1984); [VIII] L. C. Pérez, *Derecho penal. Partes general y especial*, III, 2.^a ed., 3 ss. (Temis, 1990).
- 122 [VII] L. C. Pérez, *Derecho penal. Partes general y especial*, I, 2.^a ed., VII y IX (Temis, 1987).
- 123 [VI] L. C. Pérez, *supra* nota 121, pág. 2; [VIII] L. C. Pérez, *supra* nota 121, págs. 1 ss.
- 124 [VI] *Id.*, págs. 1 ss.; [VIII] *Id.*, pág. 1.
- 125 [VI] *Id.*, pág. 11; [VIII] *Id.*, pág. 10.
- 126 [VI] *Id.*; [VIII] *Id.*, pág. 9.
- 127 [VI] *Id.*; [VIII] *Id.*, pág. 10.
- 128 [VI] *Id.*, págs. 12 ss.; [VIII] *Id.*
- 129 [VI] *Id.*, págs. 13-15; [VIII] *Id.*, pág. 12.
- 130 Aunque, como pone de presente López, se trata de un “ambiente hermenéutico pobre”. D. E. López Medina, *Teoría impura del derecho* 17 (Legis, 2004).
- 131 Por ejemplo, [III] P. Pacheco Osorio, *Derecho penal especial*, I, 4.a ed., 125-248 (Temis, 1978); [II] P. Pacheco Osorio, *Derecho penal especial*, II, 2.a ed., 115-238 (Temis, 1977); [IV] P. Pacheco Osorio, *Derecho penal especial*, III, 2.a ed., 1-187 (Temis, 1978); y [I] P. Pacheco Osorio, *Derecho penal especial*, IV, 1-230 (Temis, 1975). A Pacheco le faltó una segunda edición ampliada del cuarto volumen, que incluyera el abuso de confianza y las defraudaciones.
- 132 En vigencia del código penal de 1936, véase [I] A. V. Arenas, *Comentarios al código penal colombiano. Parte especial*, I, 149-199 (Universidad Libre, 1959) y [II] Antonio Vicente Arenas, *Comentarios al código penal colombiano. Parte especial*, II, 275-328 (Sucre, 1960); y en vigencia del código penal de 1980, [III] A. Vicente Arenas, *Comentarios al código penal colombiano*, II, 1, 5.^a ed., 133-182 (Temis, 1983) y [IV] A. V. Arenas, *Comentarios al código penal colombiano*, II, 2, 5.^a ed., 63-105 (Temis, 1984).
- 133 G. Rendón Gaviria, *Derecho penal colombiano. Parte especial*, I, 3.^a ed., 1-31 (Temis, 1973). A Rendón le faltó un segundo volumen con el estudio de los delitos de asociación e instigación para delinquir, contra la fe pública, contra la moral pública, contra la salud y la integridad colectivas, y contra el sufragio.
- 134 En este grupo de autores, que no hace mención del criterio sistemático, también puede incluirse a Ferreira y a Tocora; F. J. Ferreira Delgado, *Derecho penal especial*, I, 3 (Temis, 2006); L. F. Tocora, *Derecho penal especial*, 11.^a ed., 3 (Librería Ediciones del Profesional, 2009). Por otra parte, la obra de Ferreira es “particular”; se trata de un estudio exegético de la parte especial del código penal colombiano de 2000 que descansa en el *Programa de derecho criminal* de Carrara. La obra de Tocora, por su parte, solo incluye los delitos contra la vida y la integridad personal, contra el patrimonio económico y los “delitos sexuales”.
- 135 L. Gutiérrez Jiménez, *Derecho penal especial 2* (Temis, 1965).
- 136 *Id.*, pág. 3.
- 137 *Id.*, pág. 4.
- 138 *Id.*
- 139 *Id.*
- 140 *Id.*
- 141 *Id.*
- 142 C. Montenegro B., *Curso de derecho penal especial*, I, 4 (Librería del Profesional, 1977).
- 143 R. Acevedo Blanco, *Manual de derecho penal*, VII (Temis, 1983).
- 144 *Id.*, pág. 89.
- 145 *Id.*, págs. 89 ss.
- 146 *Id.*, pág. 90.

- 147 *Id.*, págs. 90, 273.
- 148 *Id.*, pág. 91.
- 149 *Id.* [cursiva del original].
- 150 *Id.*, pág. 103.
- 151 S. Delgado Calderón, *Derecho penal especial 2* (Librería Jurídica Wilches, 1979).
- 152 *Id.*, pág. 3.
- 153 *Id.*
- 154 *Id.*, pág. 94.
- 155 *Id.*
- 156 *Id.*
- 157 *Id.*
- 158 *Id.*, pág. 97.
- 159 *Id.*, pág. 98.
- 160 *Id.*, pág. 99. De allí que, con profunda ironía, afirme que las reformas al código penal se basan en dos parámetros: “[E]l aumento de las penas y la ampliación del cupo de las cárceles”. *Id.*, pág. 99.
- 161 *Id.*, pág. 99.
- 162 *Id.*
- 163 *Id.*, pág. 100.
- 164 *Id.*
- 165 *Id.*
- 166 *Id.*
- 167 *Id.*
- 168 La historia del concepto de bien jurídico parte con un claro contenido liberal bajo el nombre de *derecho subjetivo* en Feuerbach y después experimenta un giro “positivista moderado” bajo el nombre de *bien jurídico* en Birnbaum. [II] P. J. A. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 10.^a ed., §§ 22 y 23 (Georg Friedrich Heyer, Giessen, 1828); J. M. F. Birnbaum, *Ueber das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*, 2 *Archiv des Criminalrechts*, 153 y 157-159 (1834). Sobre la crítica de Birnbaum a Feuerbach, Knut Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 38-51 (Athenäum, Fráncfort del Meno, 1972). De Amelung vale la pena resaltar que no cree que Birnbaum fuera antiliberal y que afirma que Binding es el padre de la idea del derecho penal como derecho de protección de bienes jurídicos. Sobre esta idea, véase [III] K. Binding, *supra* nota 43, págs. 328 ss. Sobre el bien jurídico como fundamento de la sistematización de los tipos penales de la parte especial, véase H.-H. Jescheck, *supra* nota 87, § 26 I, pág. 233.
- 169 El código penal de la Nueva Granada de 1837 fue reemplazado por el código penal de los Estados Unidos de Colombia de 1873, el cual fue reemplazado por el código penal de la República de Colombia de 1890; se trata del mismo código alternando en un modelo de estado centralista y federal. [I] Á. M. Vásquez, *supra* nota 100, pág. 7.
- 170 K. Amelung, *supra* nota 168, págs. 16 ss.
- 171 H.-H. Jescheck, *supra* nota 87, § 26 I, pág. 233.
- 172 A. Merkel, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, § 108, 285 ss. (Ferdinand Enke, Stuttgart, 1889).
- 173 [II] Urs Kindhäuser, *Strafrecht. Besonderer Teil*, II, 9.^a ed., § 1/1-3 (Nomos, Baden-Baden, 2017).
- 174 *Id.*, § 1/2.
- 175 *Id.*, § 1/3.
- 176 La tradición legislativa colombiana ha sido reduccionista en su comprensión del bien jurídico material. Así, los códigos penales de 1837, 1890 y 1936 lo llamaron “propiedad”, mientras que los códigos penales de 1980 y 2000 lo llamaron “patrimonio”. Para una comprensión dualista de este bien jurídico, que abraza la propiedad y el patrimonio, véase [II] U. Kindhäuser, *supra* nota 173, § 1/6.
- 177 Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], Auto AP2070-2018/51870.
- 178 Corte Constitucional de Colombia [C.C.]. Sentencia C-420.
- 179 [II] U. Kindhäuser, *supra* nota 173, § 1/2.
- 180 J. P. Mañalich, *Nötigung und Verantwortung* 94 (Nomos, Baden-Baden, 2009).
- 181 *Id.*
- 182 [II] U. Kindhäuser, *supra* nota 173, § 1/3.
- 183 R. Hefendehl, *Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm*, en Hefendehl, von Hirsch & Wohlers, ed., *Die Rechtsgutstheorie* 119 (Nomos, Baden-Baden, 2003).
- 184 *Id.*
- 185 R. Maurach, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., § 19 II A, 182 (C.F. Müller, Karlsruhe, 1965).

- 186 R. Hefendehl, *supra* nota 183, pág. 119; para una definición de bien jurídico, véase [I] U. Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat*, 144.
- 187 R. Hefendehl, *supra* nota 183, pág. 120.
- 188 *Id.*
- 189 *Id.*
- 190 R. Maurach, § 19 II A, 182, *op. cit.*
- 191 R. Hefendehl, *supra* nota 183, pág. 120.
- 192 *Id.*, pág. 121.
- 193 R. Maurach, § 19 II A, 182, *op. cit.*
- 194 I Kindhäuser, 163-171, *op. cit.*
- 195 I Kindhäuser, 169, *op. cit.*
- 196 I Kindhäuser, 171-188, *op. cit.*
- 197 I Kindhäuser, 294, *op. cit.*
- 198 I Kindhäuser, 295, *op. cit.*
- 199 R. Hefendehl, *supra* nota 183, pág. 121.
- 200 *Id.*, págs. 121 ss.
- 201 *Id.*, págs. 121-125.
- 202 *Id.*, pág. 126.
- 203 *Id.*
- 204 *Id.*
- 205 *Id.*, pág. 127.
- 206 GJ CXXXIX, 522 (1971).
- 207 GJ CXXXIX, 523 (1971).
- 208 GJ CXXXIX, 523 (1971).
- 209 GJ CLXXVII, 22 (1984).

Licencia Creative Commons CC BY 4.0

Cómo citar este artículo: Orlando Humberto de la Vega Martinis, *Modelos de sistematización de la parte especial del derecho penal*, 71 Vniversitas (2022), <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj71.mspe>