

EL EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD
LÍCITA COMO CAUSAL DE AUSENCIA
DE RESPONSABILIDAD PENAL

¿ENTRE LA ATIPICIDAD O LA AUSENCIA DE ANTI JURIDICIDAD?



**Alejandra Rubiano Arias,
Julián David Vanegas Cardona***

*Ganadores del *TERCER PUESTO* en la decimocuarta versión del concurso nacional de ensayo Octavio Arizmendi Posada (2016) organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana. Estudiantes de cuarto y sexto semestre respectivamente, de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Oriente (sede Rionegro/Antioquia). Correos electrónicos: aleja9809jj@gmail.com; barrisplay@hotmail.com

SUMARIO

Resumen. Abstract. Introducción. 1.El derecho penal en sentido objetivo. La teoría de las normas en el derecho penal. 2. La Teoría Monista de las normas o de los imperativos. 3. La Teoría Dualista de las normas. 4. Breves consideraciones sobre la Teoría del Delito como expresión de la conducta punible. 5. La Teoría de la imputación objetiva. Su ubicación sistemática dentro del injusto penal y sus consecuencias. 6. La discusión sobre la naturaleza jurídica del legítimo ejercicio de una actividad lícita. 7. Naturaleza jurídica. 8. Posturas que sostienen que su naturaleza es la de ser una causa de atipicidad. 9. Posturas que sostienen que su naturaleza es la de ser una causa de justificación. 10. Posturas que sostienen que su naturaleza es mixta. 11. Toma de postura. 12. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

RESUMEN

En el presente ensayo se realiza un breve estudio sobre la naturaleza jurídica de la institución del legítimo ejercicio de una actividad lícita, lo cual encierra el ejercicio de un oficio o profesión, desde luego acreditados por una institución universitaria y por el Estado (ejercicio de la Medicina, la Abogacía y los deportes, etc.) y siendo estos tomados como causal de exclusión de responsabilidad penal. En el desarrollo del trabajo, inicialmente, se definirán conceptos fundamentales para un mejor entendimiento de lo que se desea plantear en este escrito. Siendo este un tema tan discutido, se evidenciará el desacuerdo de los doctrinantes sobre el tema tratado, se plantearán tres teorías (institución de naturaleza atípica, naturaleza jurídica y carácter mixto entre la tipicidad y la antijuridicidad), citando los distintos autores que defienden cada una de teorías, para finalmente presentar la postura propia sobre el tema.

Palabras clave: Tipicidad, antijuridicidad, justificantes, imputación objetiva, riesgo desaprobado, prohibición, responsabilidad penal.

ABSTRACT

In the present test will realize a brief study of the legal nature of the institution of the legitimate exercise of a lawful activity which encloses the excercise of a trade or position of course to be accredited by a university and the state as it is to be held for example exercise (medicine, law and sports, etc.). And being these taken as grounds of exclusion of criminal responsibility. In developing the fundamental concepts initially work for a better understanding of what one wants to raise in this writing. Being this such a controversial subject will hint ith the intention of demonstrating the indoctrinators disagreement about the subject will be raised three theories (which argues that the institución is atypical nature, those who argue that it is of legal nature and proposing that has a mixed character between typicality and unlawfulness) And for them mentioning the different authors that define each of them to finally to give his stance on the issue.

Key words: Typicity, unlawfulness, voucher, strict imputation, risk disapproved, criminal responsibility, prohibition.

INTRODUCCIÓN

En el ordenamiento jurídico colombiano, al igual que en el resto del mundo, se tiene al Derecho Penal como última ratio, pues es por éste que el Estado castiga por las conductas contrarias a derecho más severas que se dan en la sociedad. A consecuencia de ello no se pueden dejar vacíos que dejen a la interpretación de los juristas la aplicación de instrumentos normativos como lo es el legítimo ejercicio de una actividad lícita que, aunque se encuentra plasmado en el artículo 32 numeral 5 del Código Penal como una de las causales de exclusión de responsabilidad penal, el legislador de turno no hizo precisión sobre qué requisito de la Teoría del Delito excluye esta institución: si la conducta, si la tipicidad, si la antijuridicidad o la culpabilidad, pues no obstante, aunque hay autores que plantean que podría excluir la conducta o la culpabilidad, se encuentra que el real campo de discusión es entre la tipicidad la antijuridicidad.

Con el presente ensayo se busca hacer un análisis sobre dicha norma (que regula como una situación que da lugar a la ausencia de responsabilidad penal el legítimo ejercicio de una actividad lícita) dirigida a indagar acerca de si su naturaleza jurídica a la luz del Derecho Penal colombiano se corresponde con la atipicidad del comportamiento, o con la ausencia de antijuridicidad del comportamiento típico.

Son varias las razones que justifican la elaboración del presente ensayo. En primer lugar, resulta necesario estudiar el tema, teniendo en cuenta que si bien es cierto un sector de la doctrina penal colombiana y

extranjera se ha detenido a reflexionar con respecto a la naturaleza jurídica del legítimo ejercicio de una actividad lícita (¿causal de atipicidad o causal de ausencia de antijuridicidad?), concreta y particularmente en el Derecho Penal colombiano existe, un déficit de trabajo teórico sobre el asunto, lo cual genera el requerimiento concreto de propiciar la reflexión y el estudio como medios necesarios para intentar llenar dicho vacío.

En segundo lugar, se justifica la realización de este ensayo en la pretensión de generar un diálogo que nos lleve a concebir el problema que existe entre la prohibición y el permiso en el Derecho Penal, lo cual podría llegar a generar conflictos normativos, pues se trata de un tema que nos obliga a repensar la estructura de la Teoría del Delito y evidencia la relevancia del vacío normativo que sobre el particular ha dejado el legislador y que la doctrina aún no ha resuelto.

En tercer lugar, este escrito se justifica en la medida en que pretende arrojar como beneficio el ofrecer al operador jurídico penal (Fiscalía, jueces, Ministerio Público, abogado de la víctima, abogado de la defensa, procesado), insumos conceptuales y herramientas analíticas para que la aplicación de la institución del legítimo ejercicio de una actividad lícita, no quede sometida al criterio personal de cada uno de esos distintos actores.

1. EL DERECHO PENAL EN SENTIDO OBJETIVO. LA TEORÍA DE LAS NORMAS EN EL DERECHO PENAL

La expresión "Derecho Penal" no es ciertamente unívoca. La doctrina en general suele distinguir por lo menos tres sentidos en los que esa expresión puede ser entendida.

Así, se señala que el Derecho Penal puede considerarse desde un punto de vista objetivo, es decir, como sistema normativo; desde un punto de vista subjetivo, como potestad del Estado; y por último, en sentido científico, para hacer referencia con ella a la dogmática penal.

Pues bien, teniendo en cuenta el propósito del presente trabajo, interesa detenerse en el análisis del Derecho Penal en sentido objetivo que ha sido definido como "aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características del hecho delictivo e individualiza al sujeto que lo realizó, al que le impone por su hecho una pena y/o medidas de seguridad". (Bustos Ramírez, 1994, P. 50)

Planteado lo anterior, cabe indagar entonces por la naturaleza y el contenido de las normas penales que integran este sector del ordenamiento jurídico, así como las consecuencias que la adopción de una determinada postura frente a la norma penal acarrea en la estructura del concepto del delito.

Así, con respecto a la naturaleza de la norma penal, existen varias posturas y planteamientos teóricos (Velásquez Velásquez, 2009, P. 234), que para los efectos que aquí interesa

desarrollar, de manera sintética pasan a exponerse.

2. LA TEORÍA MONISTA DE LAS NORMAS O DE LOS IMPERATIVOS

Según esta postura, el Derecho Penal está conformado solamente por normas con un carácter imperativo; luego en el ámbito jurídico, solo hay mandatos y prohibiciones (deberes de hacer y de no hacer). Ello no quiere decir, según Bustos Ramírez, que se desconozca la existencia de otras reglas jurídicas en el ordenamiento penal, pero ellas no tienen autonomía y solo cobran significación en su relación con los imperativos. Estas otras reglas jurídicas que no son imperativos tienen por función crear los presupuestos para el surgimiento o desaparición de un imperativo o bien para anularlo total o parcialmente. (Bustos Ramírez, 1994, P. 55)

A tono con lo anterior, siguiendo lo expuesto por el autor citado, la Teoría Monista tiene repercusiones sobre la teoría del derecho penal y, por tanto, respecto del modelo que se ha elaborado para la comprensión del delito. Estas repercusiones se manifiestan en lo que se ha llamado la teoría de los elementos negativos del tipo, con una larga tradición en la dogmática del Derecho Penal. Las reglas de permiso (por ejemplo, se permite matar en legítima defensa) aparecen como simples presupuestos de la norma formuladas negativamente (por ejemplo, se prohíbe matar, si no se actúa en legítima defensa...). Entonces, una conducta que cumple con los presupuestos de una regla permisiva no es contraria a la norma desde un principio (Ibíd.).

Así, de conformidad con la Teoría Monista, la afirmación de que una conducta es típica implica sostener que también es antijurídica, dado que las causales de justificación entendidas como reglas de permiso quedan abarcadas como elementos negativos del tipo penal.

3. LA TEORÍA DUALISTA DE LAS NORMAS

Esta teoría parte de la existencia de normas, esto es, de reglas jurídicas con carácter imperativo -prohibiciones o mandatos-, pero reconoce que el ordenamiento jurídico no consiste solo en normas, sino que además existe otro que genera reglas jurídicas, las reglas de permiso (legítima defensa, estado de necesidad, las llamadas causas de justificación en general). Estas reglas de permiso son de carácter independiente frente a las normas y no tienen entonces sólo por función delimitarlas o circunscribirlas. (Ibíd., P.57)

De ahí que, según la Teoría Dualista, la tipicidad no absorbe a la antijuridicidad, con lo cual, las causales de justificación no hacen parte del tipo penal, sino que están contenidas en un nivel sistemático distinto, autónomo y posterior al de la tipicidad que es precisamente la antijuridicidad.

4. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA TEORÍA DEL DELITO COMO EXPRESIÓN DE LA CONDUCTA PUNIBLE

Resulta necesario y pertinente iniciar el desarrollo del tema propuesto en este ensayo, efectuando una breve alusión a la estructura del concepto de la conducta punible, a

partir de la regulación normativa prevista en el artículo 9 del Código Penal colombiano, según el cual: "Conducta punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado".

Como se desprende con toda claridad de la citada regulación normativa, el concepto del delito como una especie de la conducta punible, se compone de cuatro requisitos esenciales, la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, los cuales a su vez tienen y exigen en sí mismos otros requisitos para la posibilidad de la estructuración de su propia existencia.

Siguiendo lo planteado por parte del profesor Fernando Velásquez Velásquez:

El concepto de conducta se debe entender como la resultante de reunir las diversas notas que se le han asignado a la acción jurídico penal a lo largo de la historia de la dogmática: la causalidad, la finalidad y la socialidad (el carácter social), lo que permite acuñar un concepto final-social que intenta explicar todas las formas de aparición del delito o hecho punible. De esta manera, se pueden erigir cuatro estructuras diferentes: una para los hechos de comisión dolosa, que sirve de base a todas las demás; otra, a los omisivos dolosos; una más a los de comisión imprudente o culposa; y, la última, a los omisivos culposos, cada una de ellas con una configuración distinta en los diversos estratos de la construcción. En cuanto a la tipicidad, como producto de lo anterior, se parte de una concepción compleja del tipo penal que mira en él tanto aspectos subjetivos como objetivos, con la advertencia de que en estos últimos se

ubica la construcción de la imputación objetiva.

La antijuridicidad se divide en formal y material, pero, a diferencia del cuestionable finalismo ortodoxo, se desecha un concepto radical del injusto personal, dando cabida con ello, tanto al bien jurídico (desvalor de resultado) como al valor ético social (desvalor de acción), acorde con una concepción mixta de la norma penal (norma de determinación-norma de valoración). De esta manera, pues, se pretende restablecer el equilibrio entre lo objetivo y lo subjetivo también en este plano de análisis.

A su turno, la culpabilidad o responsabilidad penal plena se entiende como un juicio de exigibilidad de carácter jurídico y social, pues, se es culpable en concreto, en un determinado contexto histórico y social, y no en abstracto.

Así entonces, para el fin que se persigue en este trabajo, es necesario resaltar y centrar la atención en la configuración del injusto penal, entendido este como la conducta típica y antijurídica, con lo cual se hace necesario precisar el significado de estas dos categorías del concepto de delito.

Pues bien, en el Derecho Penal se sostiene que la tipicidad equivale a la adecuación de la conducta realizada por el sujeto al tipo penal que la describe, por lo que, puede decirse, se trata de un concepto dinámico y funcional en la medida en que presupone la existencia de una conducta ajustada a un tipo, subsumible en él, o ligada a él por un nexo de dependencia temporal o personal. En otras palabras, la tipicidad es la resultante afirmativa del juicio de tipicidad. (Velásquez Velásquez, 2009, P. 555)

Por su parte, la antijuridicidad debe ser entendida como un juicio negativo de valor en virtud del cual se determina si la conducta típica y anti normativa pugna o no con el ordenamiento jurídico en su conjunto, y si amenaza o lesiona el bien jurídico tutelado. En otras palabras, no basta con la verificación de la ausencia de una norma permisiva o causal de justificación -aspecto formal-, sino que es indispensable determinar si la conducta en estudio representa una amenaza o daño para el bien jurídico tutelado -aspecto material. (Ibíd., P. 707)

Por último, siguiendo de nuevo al autor nacional ya citado, los presupuestos sobre los que descansa el juicio de culpabilidad son los contenidos en el artículo 33 del Código Penal, esto es, la capacidad de comprender la ilicitud del acto y la capacidad de auto determinarse de acuerdo con esa comprensión, por lo que -si falta uno cualquiera de ellos o ambos al mismo tiempo- no se puede emitir en contra del agente ningún juicio de responsabilidad penal; en otras palabras, es culpable quien tiene la posibilidad de comprender las exigencias normativas y de conducirse o motivarse de acuerdo con dichos dictados. Esto significa, a contrario sensu, que no es culpable o responsable quien -dadas las circunstancias de orden personal y social concretas en las que realiza el injusto (conducta típica y antijurídica)- se encuentra en imposibilidad de decidirse conforme a las exigencias del derecho. (Ibíd., P. 827)

5. LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA. SU UBICACIÓN SISTEMÁTICA DENTRO DEL INJUSTO PENAL Y SUS CONSECUENCIAS

El Código Penal señala en el artículo 9 que: "... La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado...".

La anterior consagración normativa ha suscitado discusión acerca de su ubicación dentro del sistema de la estructura del delito. (Ibíd., P. 585)

En este trabajo se parte de la premisa en virtud de la cual, si la ubicación sistemática de los requisitos de la imputación objetiva se encuadra dentro del aspecto objetivo del tipo, ello ha de producir necesariamente efectos en la configuración del injusto penal dentro del sistema teórico.

En virtud de la imputación objetiva, resulta ineludible examinar -a efectos de determinar si el resultado que afecta al bien jurídico (lesión o puesta efectiva en peligro), es la consecuencia de la acción o de la omisión del sujeto-, los siguientes tres requisitos:

- a). Si la conducta ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico.
- b). Si ese riesgo se ha plasmado en el resultado lesivo (tentativa o consumación)
- y, c). Si el resultado queda cobijado por el tipo penal. (Ibíd., P. 589)

Acorde con lo anterior, se insiste, asumiendo que la ubicación sistemática de los requisitos de la imputación objetiva pertenece al tipo en su aspecto objetivo y que, por consiguiente, el análisis de los tres requisitos que la componen

se debe también efectuar en sede del juicio de tipicidad. Por lo tanto, resulta necesario preguntarse si cuando el sujeto activo obra en legítimo ejercicio de una actividad lícita, realiza a la luz del Derecho Penal colombiano positivo vigente, una conducta atípica o una conducta típica más no antijurídica.

En otros términos, teniendo en cuenta que el legítimo ejercicio de una actividad lícita es regulada como una causal de ausencia de responsabilidad penal, entonces habrá que indagar si la exoneración penal deviene en virtud de que ella se constituye como una causal de atipicidad o de si ella se constituye como una causa de justificación.

6. LA DISCUSIÓN SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL LEGÍTIMO EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD LÍCITA

En este trabajo se parte de la premisa de que el conjunto de normas que integran el Derecho Penal en sentido objetivo se encuentra compuesto por prohibiciones, mandatos y permisos (causas de justificación); esto es, se asume la postura de la denominada Teoría Dualista de las normas que ya fue expuesta.

Pues bien, el legítimo ejercicio de una actividad lícita hace referencia al ejercicio de una profesión u oficio como la Medicina, la Abogacía, o deportes, etc., de la cual es imaginable que se puedan generar resultados lesivos de posible interés para el Derecho Penal.

Que sea una actividad lícita significa que está permitida por el ordenamiento jurídico; sin embargo, para que esta causal de exclusión de responsabilidad se concrete, no es suficiente con que sea una actividad

lícita, sino que además esta debe ser legítima "debe ser en todo caso conforme a las pautas que la regulan, acorde con la respectiva ley reglamentaria si ya existe". (Ibid.)

7. NATURALEZA JURÍDICA

En el Derecho Penal se ha presentado una gran controversia con respecto a cuál es la naturaleza jurídica del legítimo ejercicio de una actividad lícita, y aunque varios autores han hecho referencia a esta cuestión, no se ha logrado obtener una respuesta más o menos unificada que pueda despejar el problema.

Para intentar lograr una cierta precisión sobre desde qué requisito de la Teoría del Delito (tipicidad o antijuridicidad) actúa como excluyente de responsabilidad penal el legítimo ejercicio de una actividad lícita, a continuación, se pasan a analizar las tres posturas que consideramos existen al respecto.

8. POSTURAS QUE SOSTIENEN QUE SU NATURALEZA ES LA DE SER UNA CAUSA DE ATIPICIDAD

Un factor común entre los autores que plantean que la naturaleza jurídica de la institución aquí desarrollada, es el hecho de que un sujeto que ejerce una actividad lícita no podría llegar a cometer ni siquiera el injusto penal, pues el hecho de que esta actividad sea conforme a derecho implica que no debería plantearse la conducta como típica.

Como lo ha propuesto Mario Salazar Marín, quien ejerce una actividad lícita no incurre en injusto, dado que una conducta no puede

ser lícita e ilícita al mismo tiempo. Ni siquiera entonces una acción lícita debe encuadrar en un tipo, refiriéndonos así a la Teoría de la ratio essendi, según la cual en el derecho solo hay conductas contrarias o conformes a él. (P. 628)

Por tanto, con base en esta teoría, es ilógico que una conducta ya tomada por típica se considere al mismo tiempo como permitida o que siendo conforme a derecho se tome como típica, porque no debe haber intermedios; el Derecho Penal debe ser preciso pues es la herramienta más severa que tiene el Estado para ejercer su poder punitivo.

Por su parte, Frisch pareciera también ser partidario de defender la atipicidad como naturaleza del legítimo ejercicio de una actividad lícita, al encuadrar las justificantes dentro del riesgo jurídicamente desaprobado. Es decir, para este autor la figura analizada en este ensayo se toma como excluyente de la tipicidad. Pero además de esto, Frisch también plantea que la tipicidad absorbe el requisito formal de la antijuridicidad (las causales de justificación) llevándolas a la imputación objetiva, específicamente al contexto del riesgo jurídicamente desaprobado; por tanto, si la conducta no se considera permitida sino por el contrario prohibida (típica) se configura así un injusto. (Frisch, Citado en Reyes Alvarado, 2005, P. 108)

Por su parte, Zaffaroni habla de casos de tipicidad conglobante. Menciona dos actividades de las anteriormente nombradas; se trata de las intervenciones quirúrgicas y de las lesiones deportivas, lo cual lo hace defensor de esta teoría que plantea la atipicidad cuando se ejerce la actividad lícita. Sin embargo, su argumento fundamental

no radica en que la tipicidad absorba elementos de la antijuridicidad (las causales de justificación), como lo han sostenido otros autores, pues la tipicidad conglobante no es lo mismo que justificante. Tipicidad conglobante como su nombre lo dice, es un elemento de la tipicidad que plantea que para que exista tipicidad penal debe la conducta ser previamente anti normativa y corresponder a una descripción legal. Tal descripción la denomina como "tipicidad legal", y la anti-normatividad, que se establece a partir de la interpretación de todo el ordenamiento jurídico, buscando que unas conductas a pesar de aparecer descritas son mandadas, fomentadas o insignificantes, la llama "tipicidad conglobante". De manera tal, que la tipicidad penal surge de la constatación de la tipicidad legal sumada a la conglobante, y si falta esta última, la conducta se tomará como atípica. (Zaffaroni, 2000)

9. POSTURAS QUE SOSTIENEN QUE SU NATURALEZA ES LA DE SER UNA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

Algunos sectores de la doctrina consideran que el legítimo ejercicio de una actividad lícita, da lugar a excluir la antijuridicidad de una conducta típica, como es el caso de Luis Jiménez de Asua quien sitúa esta institución como una causal de justificación. Pero, a pesar de que constata que en el Código Penal español no se tiene dicho expresamente que el ejercicio de la actividad lícita sea una causa de justificación, no es claro al argumentar por qué lo considera así, pues dice: "A falta de precepto taxativo se ha invocado el fin reconocido por el Estado, la esfera de libertad, que el poder público nos deja, la justificación supra legal, ausencia de tipicidad (...), confundiendo la justificación

con el elemento subjetivo de lo injusto que para él afecta a su vez al tipo. (Jiménez de Asua, 1961, P. 583)

Otro representante de esta postura es Alfonso Reyes Echandía quien hace un análisis de esta institución, no precisamente desde el Código Penal sino desde el artículo 39 de la Constitución Política de Colombia, que garantiza el derecho al libre ejercicio de profesión u oficio. Plantea Reyes que: "tener un título profesional conlleva la facultad de ejecutar aquellos actos necesarios para el logro de los fines propios de la respectiva profesión, aun en el caso de que la realización de tales fines implique lesión de bienes jurídicamente protegidos. En tales condiciones, el abogado que en un alegato se ve precisado a exponer hechos que lesionan el honor o la fama de un tercero, no ejecuta acción antijurídica. (P. 19)

También el profesor español Santiago Mir Puig no habla como tal del ejercicio de una actividad lícita, sino del ejercicio de un oficio o cargo. Y como ya se ha dicho anteriormente, el ejercicio de una actividad lícita hace referencia precisamente a estos; por tanto, queda claro que estamos hablando de una misma situación.

Sin embargo, Mir Puig habla de estos supuestos mirados desde el cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho que, hacen referencia a la obediencia debida pues dice el autor, que no obstante que en su ordenamiento jurídico se enumeran cuatro supuestos (a). cumplimiento de un deber. b). ejercicio de un derecho. c). ejercicio de un oficio y d). Ejercicio de un cargo) no se toman como instituciones aparte el ejercicio de un cargo u oficio pues son más bien fuentes de posibles derechos y deberes.

Para este autor:

Cuando el derecho impone a alguien el deber de realizar un hecho previsto en un tipo penal o le confiere un derecho que se lo permite, es evidente que no puede considerarse contrario a derecho, esto es, antijurídica la realización de aquel hecho. Una clase especial de deber impuesto por el derecho que puede dar lugar a esta situación es el deber de obedecer determinadas órdenes” y es aquí donde deja claro que desde su posición entiende que estos presupuestos excluyen de responsabilidad penal por no ser antijurídico. (Smir Puig, 1998, P. 484)

Como se desprende de lo dicho en este apartado, por regla general, los autores que defienden esta teoría lo hacen apoyados en el supuesto de que tales instituciones se encuentran amparadas por el ordenamiento jurídico, y que, por tanto, se consideran como normas permisivas las cuales tienen un análisis en el ámbito de la antijuridicidad como justificantes.

10. POSTURAS QUE SOSTIENEN QUE SU NATURALEZA ES MIXTA

Siendo este tema de la naturaleza jurídica del legítimo ejercicio de una actividad lícita de tratamiento escaso en la doctrina colombiana, sí que ha sido mucho más difícil encontrar autores que defiendan esta institución desde esta Teoría de la naturaleza jurídica mixta.

En Colombia, esta ha sido planteada por Fernando Velásquez Velásquez, quien dice que el ejercicio de una actividad lícita posee una naturaleza mixta: como causal de atipicidad y de justificación, pues en muchos casos el ejercicio de una actividad conforme

al derecho no representa ninguna amenaza o lesión para el bien jurídico y se está en frente a situaciones de evidente adecuación social de la conducta en las que faltaría la imputación objetiva (P. 744).

Otro autor que asume que el ejercicio de una actividad lícita posee una naturaleza mixta, es el profesor Juan Fernández Carrasquilla quien, aunque no habla precisamente de la institución objeto de este ensayo, da una forma de unificar las justificantes con la tipicidad e incluso con la culpabilidad entendiéndose aquí incluido el legítimo ejercicio de una actividad lícita. Según esto, propone Fernández Carrasquilla:

Para lograr el concepto de tipo total, compuesto de la suma de conducta típica (tipo de acción), antijuridicidad típica (tipo de injusto) y culpabilidad típica (tipo de culpabilidad, pero exceptuando reprochabilidad), expone que la antijuridicidad de la conducta está patente antes de la descripción legal, por lo que “el injusto se tipifica”, mientras que para la tradición es el tipo el que se justifica o injustifica, con el resultado paradójico de que una misma conducta estaría a un mismo tiempo prohibida y permitida (tipificada y justificada), o bien, inexorablemente, permanecería prohibida (tipificada) pese a estar autorizada”.

Dice finalmente Fernández Carrasquilla que “el tipo penal no abarca hechos permitidos, lícitos y autorizados o mandados, como tampoco hechos inocuos, insignificantes o socialmente adecuados.

Al tratar sobre las causales de justificación que él llama “tipo permisivo”, se refiere a ellas como excluyentes no solo de

antijuridicidad sino también de tipicidad, en razón a que "la antijuridicidad es el más importante complemento objetivamente valorativo del tipo de la acción conminada con pena (Fernández Carrasquilla citado por Gómez Pavajeau, 2005, P. 77).

11. TOMA DE POSTURA

Parece correcto indicar que a la luz del Código Penal colombiano vigente, el legítimo ejercicio de una actividad lícita debe ser entendido como una causal de exclusión de la tipicidad, pues la ubicación sistemática del concepto de la imputación objetiva situado como requisito de la estructura del tipo lleva aparejada la necesidad de entender que una actividad que se ejerza lícita y legítimamente no pueda sobrepasar el filtro del requisito de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, porque aunque tal actividad esté causando una lesión o un peligro al bien jurídico cumpliendo con el nexo de causalidad entre la conducta y el resultado, lo cierto es que dicha lesión o peligro queda dentro del contexto del riesgo permitido.

De otro lado, sea cual sea la naturaleza que se le otorgue al legítimo ejercicio de la actividad lícita, lo cierto es que el entendimiento que un sector de la doctrina hace en cuanto a que los criterios de la Teoría de la imputación objetiva deben ser analizados dentro del aspecto objetivo de los tipos, lleva a pensar que la discusión acerca de la teoría de las normas penales que se acoja (bien sea la Teoría Monista de los imperativos o la Teoría Dualista), debe ser puesta al día y reactualizada de cara a la moderna Teoría de la imputación objetiva desarrollada principalmente por Jakobs y Roxin en Alemania.

Todo parece indicar que se hace necesario reestructurar y repensar la Teoría de la conducta punible, ante la posibilidad de asumir una absorción por parte de la tipicidad de las causales de justificación (causales generadoras de riesgos permitidos), que se entienden por un sector de la doctrina como de exclusión del aspecto formal de la antijuridicidad y, por otro sector, como causales de justificación conglobantes, es decir, que a la vez dichas causales tendrían la potencialidad de excluir la tipicidad o la antijuridicidad, dependiendo de la perspectiva analítica que se adopte.

Quizás por ello un autor tan representativo como Günther Jakobs ha señalado: "no es que mantenerse dentro del riesgo permitido sea una causa de justificación". (Marcial Pons, 1997, p. 245), con lo cual pareciera situarse en la idea de que un comportamiento ejecutado dentro del contexto propio de una actividad lícita no puede estimarse siquiera como típico.

Del mismo modo Claus Roxin (1997), afirma:

Aquí se va a entender por riesgo permitido una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye la imputación al tipo objetivo (p. 371).

CONCLUSIONES

Es evidente el déficit teórico existente en cuanto a la institución del legítimo ejercicio de una actividad lícita, que no solo se da en el ordenamiento jurídico colombiano, en el que

la doctrina no se ha interesado en profundizar sobre la cuestión, para intentar dar una solución acerca de su naturaleza jurídica.

Cuando el ordenamiento jurídico tiene estas fisuras, no solo está corriendo el riesgo de que los operadores judiciales puedan tomar decisiones carentes de fundamento, sino también, generar inseguridad jurídica.

Ante ese panorama han de adelantarse estudios jurídicos encaminados a propiciar el adecuado entendimiento de las instituciones jurídicas, para nuestro caso, relacionadas con la Teoría del Delito. A ello, modestamente queremos contribuir con este trabajo que constituye apenas el embrión y la semilla de la aproximación al tema desarrollado.

REFERENCIAS

Bustos Ramírez, J. (1994). *Manual de derecho penal, parte general*. Cuarta edición. Editorial PPU, S.A. Barcelona España.

Gómez Pavajeau, C. A. (2005). *El principio de la antijuridicidad material*. 4 edición. Editorial giro editores LTDA, Bogotá Colombia. P.77. Citando a Juan Fernández Carrasquilla. Derecho penal fundamental tomo 2 editorial Temis Bogotá Colombia 1998.

Jackobs. (1997). *Derecho parte general, fundamentos y teoría de la imputación*. Apartado 16. Segunda edición, Editorial Marcial Pons, Madrid.

Jiménez de Asua, L. (1961). *Tratado de derecho penal*. Tomo 4, editorial losada S, A, Buenos Aires Argentina. P.583.

Mir Puig, S. (1998). *Derecho penal parte general*. Quinta edición, editorial corregrafic SL, Barcelona España. P. 484

Reyes Alvarado, Y. (2005). *Imputación objetiva*. Tercera edición. Editorial Temis, Bogotá Colombia. P. 108 citando a Wolfgang Frisch. Tatbestandsmäßiges

Reyes Alvarado, Y. (2005). *Prólogo. Imputación objetiva*. Tercera edición. Editorial Temis, Bogotá Colombia.

Reyes Echandía, A. (1974). *Derecho penal parte general, Tercera edición*, Editorial publicaciones universidad externado de Colombia, Bogotá Colombia.

Roxin, C. (1997). *Derecho penal parte general fundamentos*. La estructura de la teoría del delito, segunda edición, editorial civitas SA. Madrid España.

Salazar Marín, M. (2007). *TEORIA del delito, con fundamento en la escuela dialéctica del derecho penal*, editorial Ibáñez, Bogotá Colombia.

Velázquez, F. (2009). *Derecho penal, parte general*. Cuarta edición. Editorial Comlibros, Bogotá Colombia.

Velázquez, F. (2009). *Derecho penal, parte general*. Cuarta edición. Editorial Comlibros, Bogotá Colombia.

Zaffaroni, E. R. (2000). *Derecho Penal, parte general. Fundamentos y relación con la anti normatividad*. Editorial Ediar, Buenos Aires Argentina.

Zaffaroni, E. R. (2000). *Derecho Penal parte general*. Editorial Ediar, Buenos Aires Argentina.