

Delitos y contravenciones como factores de criminalidad y de perturbación de la convivencia social



REMBERTO TORRES RICO

Abogado Tratadista en derecho de Policía,
especializado en derecho procesal y derecho urbano.
rtrabogados@hotmail.com



RESUMEN

El tema “DELITOS Y CONTRAVENCIONES COMO FACTORES DE CRIMINALIDAD Y DE PERTURBACIÓN DE LA CONVIVENCIA SOCIAL” tiene como objetivo demostrar que la “*Contravención de policía*” no es conducta punible, su comisión no constituye antecedente penal ni contravencional, no es factor de criminalidad en Colombia, pero sí constituye una perturbación a la convivencia social a la que se le debe aplicar una dogmática distinta a la penal, en el momento de su sanción.

Las conductas punibles siempre se han clasificado en delitos y contravenciones, pero a pesar de conocerse en la historia del derecho penal, la doctrina del *delito de policía*, nunca se ha sostenido expresamente, que la *contravención de policía* es una especie de conducta punible, reprochable por la dogmática penal sustantiva, sino que ciertos tipos de delitos, por su bajo impacto social, son de conocimiento de las autoridades de policía, con un procedimiento especial y no de los jueces de la República.

El *delito de policía* paulatinamente le ha ido dando paso a la *contravención penal*, y actualmente esta no solo ha recuperado su concepto dogmático, sino también su juez natural, sin que a las autoridades de policía, por mandato constitucional (arts. 29 y 116 CP), les sea dable imponer penas privativas de la libertad ni instruir sumarios ni juzgar delitos, sino solamente conocer y fallar las *contravenciones de policía*, e imponer sanciones no penales cuando sea del caso.

La *pena* y la *norma penal* son instrumentos del derecho penal para combatir la delincuencia y criminalidad. Dentro de los límites del Estado social y democrático de derecho, en cambio, las *sanciones no penales* y la *coacción administrativa*, que se aplican a las “*contravenciones de policía*”, sin que constituyan factor de criminalidad, son instrumentos del derecho de policía para combatir los hechos perturbadores de la *convivencia social*, amparada tanto por el derecho penal como por el derecho de policía y, sobre todo, para hacer cumplir los deberes de policía.

Palabras Clave: Delitos, Contravención Penal, Contravención de Policía y Criminalidad y Convivencia.



ABSTRACT

The main purpose of this issue on “OFFENSES AND CONTRAVENTIONS AS FACTORS FOR CRIMINALITY AND PERTURBANCE OF SOCIAL CO-EXISTENCE,” is to show that “police contravention” is not a punishable conduct; its commission does not constitute penal or contravention-like background, nor is it a factor of criminality in Colombia; yet it does constitute disturbance of social co-existence. And some form of punishment must be applied to it different from the penal one, at the moment it is to be applied.

Punishable behaviors have always been classified as offenses and contraventions, but in spite of the fact that it is known in the history of penal law, the doctrine of police-related crime, it has never been explicitly asserted that a police-related contravention is some sort of punishable behavior, reproachable under the substantive penal dogma; but that certain types of offenses, because of their low social impact, are known to the police authorities, through a special procedure and not by the judges of the republic.

The police-related crime step by step has been giving way to penal contravention, and presently the latter has not only regained its dogmatic concept, but it has also become its natural judge, without the police authorities’ –through constitutional mandate (art. 29 and 116 of the Penal Code)—being able to impose penalties that imply deprivation of liberty nor formal accusations nor judged crimes, but only to know and to castigate police-related contraventions and impose non penal sanctions when the case may be.

The penalty and the penal norm are instruments of penal law to fight delinquency and criminality within the boundaries of the social and democratic State of law. On the contrary, the non-penal sanctions and administrative coactions applied to police-related contraventions without their being a factor of criminality are instruments of the law for the police to fight facts perturbing social co-existence; and they are protected both by penal law as well as by the right of the police, mainly to meet the duties of the police.

Key words: offenses, penal contravention, Police-related contravention, criminality and co-existence

INTRODUCCIÓN

Los “delitos” y las “contravenciones penales” son factores de criminalidad y por ende de perturbación de la *convivencia social*, que es, tal vez, el fin final del Estado. La “contravención de policía” no es, propiamente dicho, factor de criminalidad, pero sí es factor perturbador de la “convivencia social”. Se trata de saber si la dogmática penal que orienta las discusiones y la aplicación de la norma en el *derecho penal*, para combatir la criminalidad, tiene la misma aplicación en el *derecho de policía*, para combatir la contravención de policía, o si, por el contrario, se requiere una dogmática propia; siendo necesaria una clara diferenciación entre *contravención penal* y *contravención de policía*, sin recurrir a la clásica y superada discusión entre delito y contravención.

I. La clasificación de las conductas punibles en “delitos y contravenciones” ha sido dominante y permanente en los códigos penales colombianos y casi siempre son vistos como factores de criminalidad

a) Antecedentes históricos.

Desde los primeros tiempos del derecho criminal se ha visto necesario clasificar los delitos y precisar el objeto de las leyes criminales. CARMIGNANI sostuvo que “es de todo punto de vista necesario remitirnos aquí a las normas expuestas por nosotros desde el comienzo de la obra, en torno a los diversos objetos de las leyes criminales. Estos objetos se refieren a la *policía*, o al *derecho penal propiamente dicho*, de donde se deriva la primera y más general clasificación de los delitos: *los delitos propiamente dichos*, que subvierten la *seguridad*, y los delitos de *policía*, que lesionan la *prosperidad*...”¹.

El mismo autor citado señala: “los delitos de *policía*, si se tiene en mente el *título de la acción prohibida* y no la *medida o cantidad de la*

imputación, generalmente no se llaman *delitos* sino *transgresiones* o *contravenciones*. Habida consideración a la atenuada cantidad de la imputación, la llamada imputación de *policía correccional* no es referible al *título*, sino al grado del delito, y por eso no pertenece a la clasificación de los delitos...”².

MANZINI, por su parte, buscando una diferenciación entre el derecho penal y la policía sostuvo:

“La policía es la función del Estado dirigida a prevenir y eliminar las manifestaciones sociales nocivas o peligrosas de la actividad humana o de energías subhumanas o inanimadas, para asegurar en interés público, mediante vigilancia, órdenes o coerciones, las condiciones consideradas indispensables o favorables para la convivencia civil.

La moderna noción de la policía, por tanto, a diferencia del abandonado concepto de la *policía de prosperidad*, se refiere al impedimento y a la supresión de los efectos sociales nocivos o peligrosos de la actividad humana y de las fuerzas naturales, ya tomen en consideración las mismas el orden público, la tranquilidad, la seguridad, la sanidad o las costumbres...”³. (Negritas fuera de texto).

Los representantes de la escuela clásica del derecho penal, como Beccaría, Carmignani y Manzini, entre otros, sustentaron la existencia del *delito de policía*, con las consecuencias teórico-prácticas ya conocidas, de ofensa de condiciones mínimas de convivencia, en su doble aspecto individual y so-

¹ CARMIGNANI, Giovanni. *Elementos de Derecho Criminal*. Editorial Temis. 1979. Bogotá, Colombia. Págs. 60 y 61.

² *Ibidem*. Pág. 62.

³ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Ediar Editores. Buenos Aires. Pág. 150.

cial, con competencia de las autoridades de policía y con imposición de sanciones penales, lo que dio origen al llamado *derecho penal de policía*, inexistente en Colombia a partir de la Constitución de 1991.

Los sistemas causalista, neokantiano y finalista del derecho penal han sostenido, difusamente, que los “*hechos punibles*” se dividen en delitos y contravenciones (art. 18 del Código Penal o Decreto ley 100 de 1980) o que las “*conductas punibles*” (art. 19 del Código Penal o Ley 599 de 2000) se dividen en delitos y contravenciones, sin hacer distinción entre una contravención penal y una contravención de policía, sugiriéndose veladamente que los principios de la dogmática penal son aplicables dogmáticamente y sin discusión alguna a las *contravenciones de policía*, lo cual no nos parece correcto a la luz de la doctrina moderna del derecho penal y del derecho de policía, pues si bien no existen diferencias cualitativas entre “*contravención penal*” y “*contravención de policía*”, ya que al fin y al cabo, ambas son infracciones a la ley del Estado, a las que les corresponde una reacción del *ius puniendi*, sí existen diferencias cuantitativas en relación con las sanciones que se imponen en una y otra contravención y sobre todo con la competencia y el procedimiento aplicable a ellas, que le dan un perfil dogmático distinto, que debemos examinar en cada una de ellas, para llevarlas a la discusión y controversia.

b) Doctrina moderna del funcionalismo penal.

Contrario a lo planteado por el finalismo, desde la década de los 80, se viene planteando una nueva dogmática del delito, con GÜNTER JAKOBS a la cabeza, quien sostiene que:

⁴ JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons. Madrid. 1995. Pág. 8.

⁵ JAKOBS, Günther. *Ibidem*. Pág. 9.

“La pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma”⁴.

En el mismo contexto, afirma JAKOBS:

“Este contorno, que en lo sucesivo debe completarse respecto al Derecho vigente –el Código Penal– se distingue de una imagen de la pena trazada comúnmente: El injusto es un mal y el deber de cargar con los costes también es un mal, pero a pesar de ello no cabe definir la pena como infligir un mal a causa del mal cometido: Sería absurdo “querer un mal porque ya se ha dado otro mal”, y este seguir de un mal a otro describe a la pena solo según su “carácter superficial”. La pena hay que definirla positivamente: Es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino solo con la estabilización de la norma lesionada”⁵.

En este mismo perfil doctrinario, CLAUS ROXIN afirma:

“La exclusión de las contravenciones del Derecho Penal. El segundo campo temático en el que podría operar el dogma del bien jurídico se refiere a la delimitación entre hechos punibles y contravenciones. Los autores que han preelaborado científicamente el Derecho contravencional (sobre todo James Goldschmidt, Eric Wolf y Eberhard Schmidt) fueron esencialmente codeterminados por la idea de que el Derecho penal tiene que proteger bienes jurídicos previamente dados (es decir, principalmente el clásico canon de los derechos individuales independientes del Estado) mientras que las infracciones de las reglamentaciones estatales, que no protegen bienes ya existentes, sino que se dictan solamente al servicio de las misiones públicas de orden y bienestar, en cuanto desobediencias éticamente incoloras, o

sea en cuanto contravenciones, deben castigarse con sanciones no criminales...”⁶.

El rescate hegeliano de la valoración de la pena en su doble sentido (positivo y negativo), incorporado por Jakobs a la dogmática moderna del derecho penal, hizo que se entendiera que “la pena hay que definirla positivamente”, es decir, como “estabilización de la norma lesionada”. Solo así, la pena penal cumple con su cometido estatal, dogma que podríamos aplicar al derecho contravencional de policía, si entendiéramos que el sentido negativo de la sanción no penal de policía, es inexistente porque, en muchos casos, si no en todos, consiste en un mal sin aflicción. De ahí, que lo importante y funcional para el derecho de policía sea el cumplimiento de la norma de policía, pero en un sentido positivo diferente, para igualmente destacar un problema normativo en este ámbito. Otra, sin embargo, es la aportación de Roxin, quien ve en la infracción de la norma contravencional no una violación a un bien jurídico predeterminado (aun cuando, según él, hay contravenciones que lesionan determinados bienes jurídicos), sino “en cuanto a desobediencias éticamente incoloras”, que no merecen pena penal, sino sanción no penal.

Por supuesto que “la exclusión de las contravenciones del derecho penal”, a que se refiere Roxin, en la anterior cita, no abarca a las “*contravenciones penales*” que, como ya vimos, son especies de hechos o conductas punibles, que ofenden bienes jurídicos predeterminados y merecen pena penal, según la ley, sino a las “*contravenciones de policía*” previstas en normas o reglamentaciones, para preservar el orden y el bienestar en general.

La criminalidad, entendida como ofensa a bienes jurídicos penalmente tutelados, casi siempre se ha estudiado bajo la óptica del delito y muy poca importancia se le ha dado al fenómeno de la contravención penal, como factor de delincuencia y criminalidad, tal vez, por aquella interpretación autorizada del artículo 23 de la Constitución de

1886, en el sentido de que las autoridades de policía podían conocer y sancionar delitos menores o de poca monta. Hoy, cuando la contravención penal se encuentra radicada en los jueces de la República, por disposición de Ley 1153 del 31 de julio de 2007, suponemos que las estadísticas del delito y la contravención penal van a tener la misma importancia.

c) Doctrina moderna sobre el derecho administrativo sancionatorio.

Este nuevo concepto, deriva del derecho penal administrativo de GOLDSCHMIDT, quien sostenía que el delito administrativo “no produce daño alguno en lo existente (*damnum emergens*), sino que sólo hace perder ganancia (*lucrum cessans*)”⁷.

La distinción entre hecho punible y contravención administrativa nace en Alemania con la Ley de Simplificación del Derecho Penal Económico de 1949.

JAKOBS comenta esta ley así:

“A tenor del capítulo 6 de esta ley, hay que distinguir entre hechos punibles de la Economía y contravenciones. Aquellos se castigan con penas y se sustancian judicialmente; a estos (los sucesores de los delitos administrativos de GOLDSCHMIDT) se les imponen multas por parte de las autoridades administrativas en un procedimiento sancionatorio administrativo. Criterio de distinción ha de ser, por un lado, si los efectos del hecho permanecen en el ámbito interno de la Administración (contravenciones) o si por el contrario son idóneos para ‘menoscabar la capacidad productiva del or-

⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Editorial Civitas. S. A. Pág. 53.

⁷ JAKOBS, Günther. *Ibidem*. Pág. 64.

den económico protegido por el Estado. Ya este criterio distingue (al menos) en parte cuantitativamente, pero no cualitativamente...’’⁸.

Nuestra Constitución, al consagrar en el artículo 29 el derecho fundamental al debido proceso en actuación judicial y administrativa, y expresar en el inciso 3º del artículo 116, *ibidem*, que “excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no le será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos”, le dio reconocimiento constitucional a la potestad sancionadora de la Administración, equiparando las dos actuaciones (la judicial y la administrativa) en un mismo y debido proceso legal.

En este orden de ideas, la “*contravención penal*” es propia de una actuación judicial, por ser conducta punible al tenor del artículo 19 del Código Penal o Ley 599 de 2000, con aplicación de dogmática penal con pena penal, y la “*contravención de policía*” es pura actuación administrativa que requiere una dogmática propia con sanciones no penales, aunque provengan de un mismo tronco constitucional y tengan como finalidad la misma del Estado, prevista en el artículo 2º de la Constitución, cual es la de “*asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo*”.

d) Antecedentes legislativos.

El Código Penal de 1936 dispuso la clasificación de las infracciones penales en “delitos y contravenciones”. El Código Penal de 1980 clasificó los “*hechos punibles*” en delitos y contravenciones y finalmente, el Código Penal de 2000, habla de “*conducta punible*”, en el mismo sentido diferencial, siendo la contravención: una conducta punible, es decir, una conducta típica, antijurídica y culpable.

En 1970 se expidieron dos decretos-ley:

El Decreto 1118 de 1970, sobre “*Contravenciones penales*”, para constituir el Libro III del Código Penal. Este decreto fue derogado y sustituido por el Decreto 522 de 1971.

El Decreto 1355 de 1970 sobre “*Contravenciones de policía*”, para constituir en forma independiente el Código Nacional de Policía, todavía vigente.

Ningún Código penal de los arriba mencionados (Códigos Penales de los años 36, 80 y 2000) habló de “*contravención penal*”. Simplemente, en ellos se hizo una referencia general a la “*contravención*”, como una especie de “*infracción penal*”, “*hecho punible*” o “*conducta punible*”, como es la actual y genérica denominación dogmática del delito y la contravención, por lo que la mayoría de los doctrinantes, se inclinaron por considerar que esa mención del legislador abarcaba también la “*contravención de policía*” y no únicamente a la “*contravención penal*”, al amparo de la regla, de que lo que el legislador no distingue, no le es dable distinguir al intérprete .

Lo que se ha hablado como diferencia entre delito y contravención cabe con razón para el delito y la contravención penal, por ser ambos fenómenos, especies del género conducta punible. Quiere ello decir, que los principios rectores de la dogmática penal son aplicables, para ambas especies, en igualdad de condiciones, como también, que sean conocidas por autoridades judiciales y tengan penas privativas de la libertad, aunque en cuantía diferente.

Los contenidos de tipicidad, de antijuridicidad y culpabilidad, son iguales tanto para el “delito” como para la “*contravención penal*”: tipicidad objetiva (conducta, verbo, sujetos, objeto, resultado e ingredientes del tipo) y subjetiva (dolo, culpa y preterintención); *antijuridicidad formal* (Choque de la conducta con la norma) y material (Lesión o puesta en peligro de un bien jurídicamente tu-

telado) y *culpabilidad* como *juicio de reproche*, fundada en la imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta.

Estas características dogmáticas del delito y la contravención penal han dado origen a un principio medular del derecho penal, consistente en el “*principio de culpabilidad*” en donde queda proscribida la responsabilidad objetiva, según el artículo 12 del Código Penal, que expresa:

“Art. 12. Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”.

La “*contravención de policía*”, en cambio, no presenta esa misma estructura jurídica dogmática. Si bien, el moderno derecho de policía ha dejado de ser penalista, por mandato de la Constitución, al establecerse en ella que las autoridades administrativas, donde se incluyen a las de policía, no pueden imponer penas privativas de la libertad (art. 28 de la Constitución) ni adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos (art. 116 CN), como en el pasado, ha traído como consecuencia, que el derecho policial sea más un derecho administrativo policial, que un derecho penal de policía, como ocurrió hasta 1991, con la Constitución del 86. El derecho penal de policía ya no existe en Colombia.

Sin embargo, el derecho de policía pertenece al *ius puniendi* del Estado, a su potestad sancionadora y como tal tiene unas reglas constitucionales y legales que cumplir, pues con ellas se dirige el procedimiento en el que se aplican sus sanciones no penales y no privativas de la libertad. Tales reglas o principios, contenidos en el artículo 29 superior, son el debido proceso legal en actuación administrativa, el derecho de defensa, la ley preexistente, el juez natural, la plenitud de las formas propias de cada juicio, la favorabilidad, la presunción de inocencia, el derecho a la prueba y su contradicción, el principio de la doble instancia y a no ser juzgado dos veces por el

mismo hecho. Estas reglas, conocidas más como garantías penales, son de igual aplicación en el procedimiento policial, por lo que diríamos, que tanto el derecho penal como el policial se constitucionalizaron para cumplir con sus fines de convivencia social.

Pero aun así, a nivel dogmático y de la misma ley, encontramos diferencias de contenido en los elementos estructurales de la “*contravención de policía*”, por ejemplo, la tipicidad en el derecho de policía, no es otra cosa que el principio de legalidad, circunscrita únicamente a la descripción normativa del hecho contravencional. No hay una tipicidad subjetiva, por lo que las sanciones establecidas con el carácter de *medidas correctivas*, no se imponen por el dolo, culpa o preterintencionalidad del responsable, sino por la sola *causalidad de la conducta*. La *antijuridicidad* casi siempre es *formal*, consistente en el choque entre la conducta y la norma, sin afectarse bienes jurídicos autónomos y en otros casos, es material, ya que se da la lesión de un bien, o por lo menos su puesta en peligro, como en las contravenciones de tránsito donde solo hay choque simple.

Finalmente, la *culpabilidad* es distinta en su contenido, en materia de policía administrativa. El juicio de reproche no es a la manera penal, como ya se dijo, con fundamento en la imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta, pero sí comparte con el penal, la imputabilidad y la exigibilidad de otra conducta, pues la “*enajenación mental*”, que se refiere al inimputable, no es causa de responsabilidad policial, siendo la imputabilidad un elemento de la culpabilidad policial, por su orientación causalista. La exigibilidad de otra conducta, siempre funda el juicio de reproche en derecho policial, por la conducta antinormativa, cuando debió portarse conforme a la norma.

El artículo 185 del Código Nacional de Policía (Decreto 1355 de 1970), actualmente vigente en Colombia, establece:

“Art. 185. Todo el que haya realizado contravención de policía será responsable, salvo en los casos de fuerza mayor, caso fortuito, orden de autoridad y enajenación mental”.

Si se comparan los artículos 32 del Código Penal con el 185 del Código Nacional de Policía, se encontrarán diferencias, en cuanto a las circunstancias que niegan la responsabilidad, tales como el consentimiento válido del titular del bien jurídico; se obre en estricto cumplimiento de un deber legal; legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público; necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión; insuperable coacción ajena; se obre impulsado por miedo insuperable; error de tipo y error de prohibición, que niegan la responsabilidad en materia penal pero no en materia policiva.

He ahí la necesidad de orientar una dogmática propia del derecho de policía, que tenga zonas comunes con el derecho penal, en razón del *ius puniendi* del Estado, pero que igualmente marque su diferencia con la dogmática del derecho penal, por ser un derecho primario y no subsidiario, que no aplica penas en sentido estricto sino en sentido amplio, para ubicarlas en lo que se ha denominado por la doctrina, “*sanciones no criminales*”.

e) El derecho penal y la pena penal en permanente lucha contra la delincuencia y la criminalidad como un fin esencial del Estado.

En un Estado social y democrático de derecho, como el colombiano (art. 1º de CN), el derecho pe-

nal, por medio de las autoridades que lo aplican, tiene como función esencial, cumplir los fines del Estado previstos en el artículo 2º superior, como son, entre otros, servir a la comunidad, promover la prosperidad y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, entre otros, para “*asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo*”. Y estos fines los consigue el derecho penal en forma extrema, fundamentalmente con la pena, que tiene carácter preventivo general y especial y como medida extrema, se aplica como *última ratio* a los fenómenos que perturban la paz social, como el delito y la contravención penal.

Otro instrumento de control social institucionalizado contra la delincuencia organizada, es la norma penal, que además de tener un carácter preventivo, tiene una doble caracterización: por un lado es *norma objetiva de valoración* y por otro, es *norma subjetiva de determinación*.

GÓMEZ PAVAJEAU enseña:

“La norma penal construida como norma objetiva de valoración implica entenderla como un instrumento o herramienta a partir de la cual el funcionario judicial, desde la perspectiva de la función del derecho penal, determina lo que resulta valioso o disvalioso para el ordenamiento jurídico penal...”⁹.

En el mismo sentido se refiere a la norma subjetiva de determinación en los siguientes términos:

“Por el contrario, cuando se acepta que la naturaleza de la norma es subjetiva de determinación, lo que se entiende es que el derecho lo que busca es determinar o dirigir el comportamiento social de los ciudadanos, persigue encauzar por medio de normas prohibitivas o de mandato el correcto desempeño de la conducta humana en sociedad. Tiene esta particular forma de entender la norma una eminente e indudable caracterización directiva...”¹⁰.

⁹ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. “Dogmática Penal y Teoría del Injusto”. En *El Nuevo Código Penal*. Colección de Pensamiento Jurídico No. 1. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Pág. 41.

¹⁰ *Ibidem*. Pág. 45.

En conclusión, *la norma penal* y *la pena* son los dos instrumentos que el derecho penal utiliza para combatir la criminalidad, dentro de los límites que impone la Constitución, los derechos fundamentales y el Estado social de derecho.

II. La “contravención penal”, como factor de perturbación, componente de la criminalidad

a) La contravención penal como antesala del delito.

Desde los primeros tiempos del derecho penal clásico (Siglo XVIII), la contravención a secas, fue un factor de perturbación del orden social y no se distinguió entre *contravención penal* y *contravención de policía*, como sí se advierte hoy, por muchos autores, de reconocida data.

Si bien la contravención no presentaba rasgos comunes con el delito, se castigaban porque daban paso rápidamente al delito, convirtiéndose en su más clara antesala, no obstante las otras denominaciones recibidas por autores de reconocida trayectoria, tales como “*miniatura de delito*” o “*delito menor*”.

Pensamos que dada la diferencia (nunca cualitativa) entre *contravención penal* y *contravención de policía*, la que sí corresponde a una verdadera antesala del delito, generadora de una pequeña criminalidad, es la contravención penal, pudiéndose llamar indistintamente en doctrina, como *miniatura del delito* o *delito menor*, por tener los mismos elementos estructurales de la conducta punible, por lesionar y poner en peligro bienes jurídicos penalmente tutelados, y por aplicársele la misma dogmática penal al dirimir un conflicto con base en una contravención penal.

Actualmente, la Ley 1153 del 31 de julio de 2007, cuya vigencia empezó seis (6) meses después de su promulgación, denominada “de las pequeñas causas en materia penal”, tipifica como *contravencio-*

nes penales, las siguientes: CONTRAVENCIONES CONTRA LA INTEGRIDAD PERSONAL: lesiones personales dolosas (art. 27), lesiones personales culposas (art. 28), Omisión de socorro (art. 29). CONTRAVENCIONES CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO: Cuando no se supere la cuantía de los diez salarios mínimos legales mensuales y otras condiciones previstas en el artículo 30 de la Ley 1153 de 2007, son contravenciones penales, las siguientes: Hurto, Hurto Calificado, Hurto Agravado, Hurto Atenuado, Estafa, Emisión y Transferencia Ilegal de Cheque, Abuso de Confianza, Abuso de Confianza Calificado, Aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito, Alzamiento de bienes, Disposición de bien propio gravado con prenda, Defraudación de fluidos, Perturbación de la posesión sobre inmuebles y daño en bien ajeno. CONTRAVENCIONES CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Consumo de sustancias en presencia de menores (art. 31), consumo de sustancias en establecimiento educativo o domicilio (art. 32). OTRAS CONTRAVENCIONES. El artículo 33 de la citada Ley 1153 dispone que serán contravenciones “*las conductas señaladas en el capítulo noveno del título III del Código Penal Vigente...*”.

Siguiendo el planteamiento expuesto, la delincuencia o criminalidad contravencional solo es predicable de la “*contravención penal*” y nunca de la “*contravención de policía*”. Por tanto, el artículo 248 de la Constitución, que dispone que “Únicamente las condenas proferidas en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales”, debe tener una interpretación restrictiva, en cuanto a la expresión “*contravencionales*”, por tratarse de “*condenas*” y no hacerse extensiva a las “*contravenciones de policía*”, en donde, como se puede advertir, no existe condena en términos penales.

b) Competencia y procedimiento de las contravenciones penales.

La característica de esta contravención, de carácter penal, es que la conoce una autoridad penal, como

son los jueces de pequeñas causas, con un procedimiento breve y sumario, que se puede sintetizar en los siguientes pasos:

El artículo 35 de la citada Ley 1153 de 2007 expresa:

“Art. 35. Competencia. De las contravenciones de que trata esta ley, conocerán en primera instancia los jueces de pequeñas causas del lugar donde se cometió el hecho, o en su defecto, los del municipio más cercano al mismo.

En segunda instancia, conocerán los jueces del circuito con funciones en pequeñas causas.

A los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad les corresponderá conocer del cumplimiento de estas, de acuerdo con lo previsto en esta ley y en el artículo 38 de la Ley 906 de 2004...”.

En cuanto al procedimiento, la ley establece un procedimiento ordinario y otro procedimiento para el caso de flagrancia.

El artículo 34 de la Ley de pequeñas causas, en materia penal, dice:

“Art. 34. Querrela y oficiosidad. La iniciación del proceso contravencional penal de que trata la presente ley, requerirá querrela de parte, salvo cuando se trate de la captura en flagrancia, en cuyo caso el proceso será iniciado de oficio.

La investigación de oficio no impide aplicar, cuando la decisión se considere necesaria, los efectos propios de la querrela, entre ellos el desistimiento y la conciliación”.

El *procedimiento ordinario* está previsto en los artículos 42 y siguientes de la Ley 1153 de 2007, y el *procedimiento en caso de flagrancia*, en los artículos 49 y siguientes de la misma ley en cita.

III. La “contravención de policía”, vista no como factor componente de “conducta punible” ni de criminalidad, sino como comportamiento antinormativo, que requiere tratamiento correctivo-preventivo para formar al ciudadano en el cumplimiento de la norma y con ello prevenir mediatamente el delito.

Ya dijimos que la *contravención de policía* no es especie de conducta punible y ahora afirmamos, que tampoco es factor de criminalidad. En el derecho de policía no existe, como presupuesto exigible, la intención de dañar y si existiere realmente en alguna de dichas contravenciones, no es valorable ese aspecto subjetivo, para los efectos de imponer la sanción administrativa que corresponda.

Si la delincuencia o criminalidad está fundada, generalmente, por violaciones de derechos fundamentales, una forma de eliminarla es con la “*punibilidad*”, que no es instrumento de coerción en el derecho de policía. En este derecho se habla simplemente de sanción, que siempre es no penal, aunque muchos autores nacionales o extranjeros no vean diferencias notables entre esos vocablos. Por ello, el principio de *la proscripción* de la responsabilidad objetiva no es aplicable sonoramente en esta materia de *policía administrativa*, como sí lo es en materia penal. De ahí, que las reglas policiales, no se apliquen como *última ratio*, sino como *primera ratio*, siendo un derecho netamente correctivo, educador, formador de la vida en comunidad, en donde sus sanciones nunca podrán ser vistas como penas sino como medidas correctivas.

Las “normas penales”, como ya se dijo, cumplen un papel preventivo de importancia en la prevención del delito, ya que el ciudadano se orienta por su prohibición o mandato hacia el comportamiento normativo, lo que no pasa con las normas del derecho policial, que no tienen la misma eficacia, unas veces porque son de carácter local y son desconocidas por el ciudadano y, otras veces, porque sus sanciones son demasiado insignificantes.

En síntesis, la “*contravención de policía*” es un comportamiento irregular, antinormativo, no delictual ni contravencional penal, que toca corregir, enderezar o adecuar a la norma, en procura de la convivencia social, sin necesidad de aplicarle una pena penal sino una sanción no penal, sin que constituya antecedente contravencional, aun cuando constitucionalmente tengan de fondo un mismo debido proceso legal garantista, para ambos derechos. Un ciudadano formado en el cumplimiento de la norma de policía, así sea con el auxilio de medios coercitivos, sin duda, se orientará por el camino del cumplimiento de la norma penal, lo que nos permite expresar que, con ello, se previene mediatamente el delito.

a) Las medidas correctivas como sanciones de las contravenciones de policía.

En nuestra obra Tratado de Derecho de Policía, Tomo I, dijimos de la medida correctiva lo siguiente:

“La medida correctiva no es pena propiamente dicha. Por tanto, no es privativa de la libertad y como su nombre lo indica procura fundamentalmente la corrección o educación del ciudadano en su comportamiento diario de convivencia y en relación con sus “*deberes de policía*”. Carece de las características de la pena penal o aun de la pena de policía, como la retribución y resocialización. De ahí que se aplique a comportamientos de poco impacto social o a contravenciones que no tienen la gravedad del delito ni de la contravención penal. Las características más sobresalientes de la “*medida correctiva*” son la *prevención* y la *protección*. Por medio de ellas se aseguran valores constitucionales como la vida, la integridad, la convivencia y el orden público. La primera tiene fundamento en el principio constitucional de prevalencia del interés general y la conservación de la convivencia ciudadana y el orden público y, la segunda, en uno de los fines del Estado, cual es la protección a la vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades de las personas”¹¹.

Las sanciones aplicables a las contravenciones de policía, según el libro tercero del Código Nacional de Policía, son:

“Art. 186. Son medidas correctivas:

- 1ª. La amonestación en privado;
- 2ª. La reprensión en audiencia pública;
- 3ª. La expulsión de sitio público o abierto al público;
- 4ª. La promesa de buena conducta;
- 5ª. La promesa de residir en otra zona o barrio;
- 6ª. La prohibición de concurrir a determinados sitios públicos o abiertos al público;
- 7ª. La presentación periódica ante el comando de policía;
- 8ª. La retención transitoria;
- 9ª. La multa;
- 10ª. El decomiso;
- 11ª. El cierre de establecimiento;
- 12ª. La suspensión de permiso o licencia;
- 13ª. La suspensión de obra;
- 14ª. La demolición de obra;
- 15ª. La construcción de obra; y
- 16ª. El trabajo en obras de interés público.

La “promesa de residir en otra zona o barrio”, contemplada en el numeral 5º del artículo 186 del CNP. y desarrollada en el artículo 204 del mismo código, fue declarado inexecutable por las sentencias de la Corte Constitucional números C-110 de 2000 y C-046 de 2001.

La “prohibición de concurrir a determinados sitios públicos, contemplada en el numeral 6º del citado artículo 186 y desarrollada en el artículo 205 del CNP., fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, según sentencia número C-087 de 2000.

¹¹ TORRES RICO, Remberto. Tratado de Derecho de Policía. Tomo I. Ediciones Ciencia y Derecho. 1999. Pág. 388.

El artículo 206, numeral 3° del CNP, fue declarado inexecutable por sentencia C-144 de 2000, el cual ordenaba imponer medida correctiva de “presentación periódica ante el comando de policía “al que de ordinario deambule por las calles en actitud de sospechosa inquisición de bienes o personas”.

La “retención transitoria”, contemplada en el artículo 207 del CNP., en concordancia con lo previsto en el numeral 8 del artículo 186 del CNP., fue declarada inexecutable en cuanto al numeral 1° por sentencia C-199 de mayo 13 de 1998 y el inciso de dicho artículo fue declarado inexecutable mediante sentencia C-720 de 2007, con fallo diferido hasta el 20 de junio de 2008 hasta tanto el Congreso no reglamente la materia.

b) Competencia y procedimiento.

Los artículos 219, 220, 227, 228, 229 y 230 se refieren de manera muy general a la competencia y el procedimiento, que en todo caso, debe ser breve y sumario, sin ninguna formalidad sustancial.

“**Artículo 219.** Modificado por el artículo 128 del Decreto 522 de 1971. Compete a los comandantes de estación o subestación de policía conocer de las faltas por las que sean aplicables las medidas correccionales de amonestación en privado, reprensión por audiencia pública, promesa de buena conducta, presentación periódica, retención y cierre de establecimiento.

“**Artículo 220.** Modificado por el artículo 129 del Decreto 522 de 1971. De las faltas por las que sean aplicables medidas correctivas de promesa de residir en otra zona o barrio, prohibición de concurrir a determinados sitios públicos, multa, decomiso, suspensión de permiso o licencia, suspensión de obra, demolición de obra, construcción de obra y trabajos en obras de interés público, conocerán los Alcaldes o quienes hagan sus veces.

“**Artículo 227.** La medida a cargo de los Comandantes de estación o subestación no requiere resolución escrita, pero deberá levantarse acta en la que se consignen sucintamente los hechos, se identifique al contraventor y se indique la medida correctiva aplicada. Cuando se trate simplemente de amonestación en privado, reprensión, en audiencia pública y expulsión, bastará con hacer las anotaciones respectivas en el libro que al efecto se lleve en el Comando.

La anotación deberá llevar la firma del Comandante y del contraventor.

“**Artículo 228.** La imposición de las medidas correctivas a cargo de los Alcaldes o Inspectores de Policía debe hacerse mediante resolución escrita y motivada, la que se pronunciará después de oír los descargos del contraventor y examinar las pruebas que éste quisiere aducir durante el interrogatorio celebrado en el Despacho del Alcalde o del Inspector.

“**Artículo 229.** Contra las medidas correctivas impuestas por los comandantes de estación o subestación no habrá ningún recurso. Este aparte fue declarado inexecutable según Sentencia C-117 de 2006. Contra las impuestas por los Alcaldes e Inspectores, procede el de reposición.

“**Artículo 230.** Si se diere el caso de poderse aplicar, indistintamente, una u otra medida correctiva, se preferirá la que se tenga por más conveniente habida consideración de las circunstancias del hecho y de las condiciones personales del contraventor”.

CONCLUSIÓN

El género “conducta punible” regulado por la ley penal se divide en dos especies: delitos y contravenciones penales, que son los actos generadores de criminalidad y delincuencia. Estas conductas, reprochables penalmente, se combaten con la norma penal en sentido abstracto

y la pena, en sentido concreto. Ahora bien, la pena tiene carácter preventivo, retributivo, de reinserción social y de protección al condenado, al decir, del artículo 4° del Código Penal.

Con las nuevas orientaciones dogmáticas propuestas por el funcionalismo penal, a partir de las cuales, según MONTEALEGRE LYNETT, “el contenido de los elementos de la teoría del delito depende de los fines y funciones que cumpla el Derecho, consistentes en garantizar la identidad de una sociedad. Se trata de conceptos normativos edificados con total independencia de la naturaleza de las cosas”¹², se rompe con la tradición finalista, asegurándose modernamente que las categorías dogmáticas no pueden elaborarse con fundamento en estructuras lógico-objetivas u ontológicas, sino en razón de la función que cumple el derecho penal en relación con la sociedad. Aquí se construye toda una dogmática jurídico-penal, que guía al funcionario judicial en la persecución de la delincuencia organizada.

La “*medida correctiva*” de la contravención de policía, en cambio, no persigue *la estabilización de la norma lesionada*, a la manera de JAKOBS, para el derecho penal y una de las razones por las cuales no se da esa finalidad es que las contravenciones de policía deben castigarse con sanciones no criminales o no penales, como lo afirma de manera clara ROXIN, lo cual aleja, por lo menos en este aspecto, la *dogmática penal* de la *dogmática policial*. El fin de la “*medida correctiva*”, en este sentido positivo, es la educación y formación del ciudadano en la vida en comunidad.

Esta diferenciación dogmática, entre el derecho penal y el derecho de policía, hace que mientras el primero trabaja con la *pena*, como instrumento de control social, el derecho de policía lo hace con la *coacción administrativa de policía*, para buscar el cumplimiento de los deberes de policía, dentro de una reglada convivencia social. Este mecanismo de control social impuesto desde el derecho policial, tiene su fundamento en el derecho *administrativo sancionador* y nunca en el derecho penal.

¹² MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. “Funcionalismo y Normativismo Penal”. Una Introducción a la Obra de Günter Jakobs. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho. Cuaderno de conferencias y artículos No 37. Pág. 7.

BIBLIOGRAFÍA

CARMIGNANI, Giovanni. *Elementos de Derecho Criminal*. Editorial Temis. 1979. Bogotá, Colombia.

GARBERÍ LLOBREGAT, José y BUITRÓN RAMIREZ, Guadalupe. *El Procedimiento Administrativo Sancionador*. Volumen I y II. 4ª edición ampliada y actualizada. Tirant lo Blanch. Valencia. 2001.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *"Dogmática Penal y Teoría del Injusto en el nuevo Código Penal"*. Colección de Pensamiento Jurídico No. 1. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons. Madrid.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal*. TOMO I. Ediar Editores. Buenos Aires.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *"Funcionalismo y normativismo penal"*. Una Introducción a la Obra de Günter Jakobs. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho. Cuaderno de conferencias y artículos No. 37.

ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Editorial Civitas. S. A.

TORRES RICO, Remberto. *Tratado de Derecho de Policía*. Tomo I. Ediciones Ciencia y Derecho. 1999.