

ENTRE LÍNEAS: EN BUSCA DEL TIPO PERDIDO

Mauricio Pava Lugo¹

En cumplimiento de los acuerdos gubernamentales para posibilitar la firma del TLC con EE. UU., los grupos de presión (congresistas del partido demócrata y los sindicatos) exigieron que, en Colombia, se introdujeran normas que sancionaran prácticas atentatorias contra el derecho de asociación sindical². Lo anterior, por supuesto, se hizo pensando en que todas nuestras organizaciones respondían a verdaderos intereses de construcción económica, sostenibilidad empresarial y protección general. Sin embargo, con desafortunada regularidad, las compañías deben tratar con la voracidad de pequeños grupos que ven, en las formas sindicales, un mecanismo de rentas propias (el caso de directivos y asesores de sindicatos que apalancan sus propios negocios con los recursos de los sindicatos), un medio de protección de prácticas fraudulentas de sus miembros, o bien, una forma de facilitar ventajas económicas para unos pocos, sin importar la sustentabilidad o no de los beneficios a largo plazo para las organizaciones y sus miembros.

De esta manera, en una ley de seguridad ciudadana (Ley 1453 de 2011), se incorporó una importante modificación en la materia. Esta, en su momento, no estuvo presidida por exposición de motivos, ni discusión legislativa alguna que permitiera desentrañar el significado de la siguiente adición al delito

¹ Director de la firma MPa Derecho Penal Corporativo, abogado de la Universidad de Caldas y especialista en Casación Penal de la Universidad La Gran Colombia; es candidato a Magíster en Derecho con énfasis en *sistema penal acusatorio* de la Universidad Sergio Arboleda; conjuer de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia. Es el Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Capítulo Caldas; miembro de la comisión de expertos de la Corporación Excelencia en la Justicia; asesor para iniciativas legislativas en materia penal del Ministerio de Justicia y del Derecho (2015) y en la Cámara de Representantes para reformas al Código de Procedimiento Penal (2013-2018). Tiene experiencia como docente de posgrado en varias universidades. Ha intervenido o promovido diferentes procedimientos de exequibilidad ante la Corte Constitucional, logrando importantes decisiones como las sentencias C782/05, C186/08, C250/11, entre otras. Es el Director Editorial de MPa Primera Línea.

² MINISTERIO DEL TRABAJO. Informe de cumplimiento. Plan de acción de Colombia y Estados Unidos para derechos laborales [en línea]. (2014). [consultado 20, febrero, 2018]. Disponible en <<http://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/51963/Informe+Final+Plan+de+Acci%C3%B3n+de+Colombia+y+Estados+Unidos+Para+Derechos+Laborales.pdf/42c8e97e-c484-4d95-43a8-57c11117f362>>

(violación de los derechos de reunión y asociación) contemplado en el Artículo 200 de la Ley 599 de 2000³.

La única justificación que lideró el entonces ministro Vargas Lleras fue la siguiente:

Quiero pedirles que nos aprueben dos (2) artículos muy particulares (...) [el segundo] tiene que ver con el tema sindical, es un artículo para tipificar una conducta de quienes atentan y violan los derechos de reunión y de asociación, es una circunstancia que se está presentando con mucha regularidad, esta es una protección a los derechos de organizar sindicatos y diría (...)

La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Representante Carlos Germán Navas Talero:

Mire, doctor, lo que pasa es que cuando el Ministro nos habla de que le afecta el derecho de reunión de los trabajadores, etc., eso no es un delito nuevo, eso está en el Código Penal, ese delito está, lo que habría era que ampliar ese tipo o modificarlo en cuanto a la pena, pero eso ya está en el Código Penal. Quiero hacer esa precisión de carácter técnico, para que no aparezcamos nosotros creando un tipo penal que ya existe; a mí me parece benéfico, doctor Vargas Lleras, ese artículo, sancionar severamente al patrono que impide las reuniones previas a la cuestión del sindicato mediante cualquier maniobra; muchas veces el patrono ordena cerrar la cafetería para que el sábado no se puedan reunir los trabajadores; ese tipo de delito existe, lo que hay es que aumentar la pena y si vamos a ampliar el tipo lo acepto perfectamente.⁴

La norma fue demandada por falta de consecutividad, pues había aparecido ya bien avanzado el trámite de los debates en el Congreso y se alegó que no tenía ninguna relación con la “seguridad ciudadana”, que era el objeto de la ley. La Corte Constitucional la declaró exequible sobre la base del principio de identidad flexible (C-571/2012). Ni el Gobierno ni el Legislador ni la Corte Constitucional sentaron bases para interpretar el sentido de la disposición y, menos, para entender los ingredientes descriptivos y normativos de una nueva modalidad delictiva, incorporada en un tipo ya existente al que se están enfrentando los ciudadanos corporativos en la jurisdicción punitiva, a instancias de continuas denuncias que los sindicatos presentan como herramienta de confrontación. El riesgo legal es, entonces, mayor, no solo por la realidad punitiva vigente desde 2011, sino por la suma de dos factores: falta de claridad y abuso del derecho de los sindicatos en el uso de la disposición mencionada.

³ Artículo 200. (...) En la misma pena incurrirá el que celebre pactos colectivos en los que, en su conjunto, se otorguen mejores condiciones a los trabajadores no sindicalizados, respecto de aquellas condiciones convenidas en convenciones colectivas con los trabajadores sindicalizados de una misma empresa.

⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-571/2012. (18, julio, 2012). Citando debates legislativos.

Busquémosle el sentido a esta norma que aparece en el artículo 200 CP, introducido por de la Ley 1453 de 2011, a este “tipo” penal perdido en los debates legislativos e, incluso, en los controles constitucionales, pero hoy aplicado con toda severidad por los sindicatos. En abstracto, se tiene un tipo penal con las siguientes características: i) *sujeto activo simple* (no calificado); ii) *sujeto pasivo calificado y plural* (los trabajadores, titulares de los derechos sindicales⁵; iii) tipo relativamente cerrado, de verbo rector único; iv) tipo activo; v) tipo de mera conducta; y vi) tipo autónomo. Aunque es relativamente simple porque hay un único verbo rector con un único complemento de objeto directo, su descripción es tan detallada que hace que el tipo penal sea sumamente complejo en cuanto a elementos normativos. Ciertamente, el verbo rector se predica de un objeto que, en sí mismo, es normativo: “pactos colectivos”, pero, además, no de cualquier pacto colectivo, sino solamente de aquellos en los que se otorguen mejores condiciones.

Para entender este tipo penal, primero, hay que reparar sobre qué es un “pacto colectivo”, una “convención colectiva” y cuándo se predicen “mejores condiciones en su conjunto” para “trabajadores sindicalizados”, respecto de los “no sindicalizados” de una misma “empresa”. Por lo menos, cinco elementos normativos de igual complejidad entre sí son contemplados por este tipo penal. Para estas reflexiones, hablemos del estudio de los pactos colectivos, en tanto que éstos ofrecen mejores condiciones que las “convenciones colectivas”. Aquí, bien vale la pena citar a la Corte Constitucional (T-069/2015), la cual se expresa en los siguientes términos:

Sin embargo, **el ordenamiento jurídico no impide que la empresa formule un pacto colectivo** con el fin de mejorar las condiciones de sus trabajadores. Incluso, **reconoce la posibilidad de que en una compañía coexistan la convención y el pacto colectivo**. Lo que la Corte ha proscrito es que se utilicen los acuerdos para discriminar a los trabajadores sindicalizados y debilitar la organización, situación que ocurre cuando el empleador crea mejores condiciones para los trabajadores que suscriban los pactos colectivos en relación con el estado de las relaciones laborales que tienen los trabajadores sindicalizados. Esa regla también aplica cuando a partir de la violación al derecho de igualdad, se pretende excluir del régimen convencional a un trabajador, dado a la incompatibilidad entre la convención y el pacto colectivo.⁶ [Negrilla y subrayado propios]

⁵ Esto no quiere decir que sean solo los trabajadores sindicalizados. En puridad, los derechos sindicales se predicen, al menos en abstracto, de toda la clase trabajadora.

⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-069. (18, febrero, 2015).

Hasta el momento, tenemos estas conclusiones iniciales, a saber: i) se pueden otorgar beneficios por fuera de la convención colectiva; ii) pueden coexistir pactos colectivos y convención colectiva; y iii) lo importante es que los beneficios se otorguen a todos, esto es, que exista simetría para todos los trabajadores. De esta manera, se excluye la discriminación, es decir, el comportamiento que pretende evitar el tipo penal del inciso segundo del artículo 200 de la Ley 599 de 2000, el cual reprocha la oferta de mayores beneficios a los trabajadores mediante pactos colectivos, al considerar que ello representa un peligro para la libertad de trabajo y asociación. Lo anterior, por cuanto la convención resulta ser el instrumento que da vida, sentido y alcance a los derechos sindicales al interior de la dinámica empresarial, luego, su protección redundará en el amparo de los derechos sindicales.

Ese es el camino que se debe recorrer para entender por qué el celebrar pactos colectivos con más beneficios que las convenciones colectivas representa un peligro (al menos abstracto) para la garantía de los derechos sindicales en Colombia. El peligro a los derechos sindicales es el fundamento de la antijuridicidad de este injusto; esto es lo que le da sentido al tipo penal, su esencia. No obstante, este peligro no es de cualquier naturaleza, pues tiene que ser no tolerado o, lo que es igual, fruto de un ataque jurídicamente desaprobado. Se trata, entonces, de un tipo contemplado exclusivamente como doloso. Ahora, si bien el dolo se refiere tradicionalmente al conocimiento de los elementos objetivos del tipo y la voluntad de su realización, este conocimiento tiene que estar por completo ausente de error. Esto quiere decir que cualquier clase de error sobre los presupuestos objetivos del tipo, vencible incluso, da paso a la atipicidad de la conducta.

De otro lado, vale la pena detallar estos eventos en relación con los criterios de imputación objetiva (para el caso de autopuesta en peligro). Como lo plantea Jakobs⁷, en nuestro modelo de sociedad, la única libertad protegida por el derecho penal es aquella en sentido “negativo”: el derecho penal solamente puede prohibir conductas que injustamente restringen el ejercicio de los derechos de terceros. Distinto es la libertad en sentido positivo, que garantiza las posibilidades materiales para el ejercicio igualitario (o equitativo) de los derechos entre los miembros de la sociedad⁸. Esta última no es objeto del derecho penal. Por ello, cuando la oferta de las mejores condiciones se hace en general a todos los trabajadores, sin

⁷ JAKOBS, Günther. Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. 1 ed. Madrid: Civitas, 2003, p. 15 y ss.

⁸ Esta forma de protección de la libertad es propia de ramas del derecho como la constitucional, de familia, laboral, etc.

discriminación alguna frente a su afiliación sindical, son ellos quienes libremente escogen entre una u otra opción, sin limitación alguna por parte de la empresa.

Por su parte, si el sindicato o sus directivos, en protesta, rechazan la propuesta de la empresa y conminan a sus afiliados a que obren en concordancia, son ellos los que se ponen en discriminación, hecho que no permitiría atribuir la conducta penal al empleador pues no puede olvidarse que nuestra sociedad se rige por el dogma de la autorresponsabilidad y, correlativamente, de libertad para autolesionar o autoponer en peligro los propios bienes jurídicos. Quien, sin limitación alguna por parte de un tercero, escoge rechazar la promoción de sus bienes jurídicos, no ha de acudir luego al derecho penal para que éste desvalore la conducta de quien, lejos de restringir su libertad, ha puesto las condiciones para que ella se realice.

Esta figura ha sido ampliamente discutida en la jurisprudencia. En particular, vale la pena traer a consideración la caracterización que la Corte Suprema de Justicia (36824/2012) ha hecho de la misma a partir de sus requisitos esenciales:

La figura de la acción a propio riesgo (o autopuesta en peligro dolosa), como criterio excluyente de la imputación al tipo objetivo, contempla tres elementos para su procedencia: (i) conocimiento del peligro por parte del sujeto pasivo de la conducta (o capacidad para conocerlo), (ii) poder de control de esta persona acerca de la asunción de dicho riesgo y (iii) ausencia de posición de garante respecto del sujeto agente.⁹

En definitiva, se trata de un tipo penal de tanta complejidad dogmática como práctica. En lo que respecta a lo primero, no puede ocultarse que se trata de una anticipación de las barreras de protección del derecho penal, frente a un ataque que, en abstracto, supone un peligro para el bien jurídicamente tutelado. Esta forma de extender el alcance del derecho penal posibilitando sanciones allí donde jamás la conducta resultó en una afrenta concreta al bien jurídico ha sido, y seguirá siendo, constantemente reprochada por quienes reclaman un derecho penal de corte liberal, como el que supuestamente nos rige.

De igual forma, en lo que respecta a su aplicación práctica, la realidad muestra que este tipo penal suele ser la punta de lanza de quienes, de manera abusiva, utilizan el derecho penal como herramienta de presión en la negociación de sus intereses particulares. Su historia, contexto y actualidad nos enfrentan a

⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 36824. (12, septiembre, 2012). p. 25.

un tipo al servicio de los intereses de un grupo claramente establecido, en desmedro de la protección de la empresa y del emprendimiento que impulsa la economía nacional.

Como sea, Colombia requiere una evaluación detenida acerca de la conveniencia de mantener este tipo penal tal cual se encuentra redactado en el artículo 200 de nuestro Código Penal. Esperamos que esta humilde reflexión sirva al propósito de fomentar la discusión en torno a este tipo penal, de tanta relevancia para sociedad corporativa y, en contraste, de tan escasa aparición en el debate jurídico.

Bibliografía

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 (24, julio, 2000). Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial. Bogotá, 2000, no. 44097.

----- . Ley 1453 (24, junio, 2011). Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. Diario Oficial. Bogotá, 2011, no. 48110. 36 pp.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-069 de febrero 18 de 2015. M.P. MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ.

----- . Sentencia C-571 de julio 18 de 2012. M. P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA. 31 pp.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 36824 de septiembre 12 de 2012. M. P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA. 57 pp.

JAKOBS, Günther. Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. 1 ed. Madrid: Civitas, 2003. 163 pp.

MINISTERIO DEL TRABAJO. Informe de cumplimiento. Plan de acción de Colombia y Estados Unidos para derechos laborales [en línea]. (2014). [consultado 20, febrero, 2018]. Disponible en <<http://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/51963/Informe+Final+Plan+de+Acci%C3%B3n+de+Colombia+y+Estados+Unidos+Para+Derechos+Laborales.pdf/42c8e97e-c484-4d95-43a8-57c11117f362>>