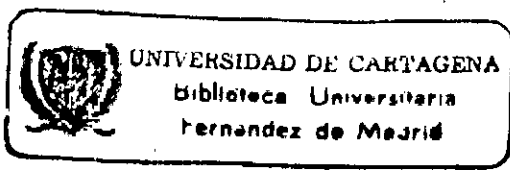


SCIB  
SCIB

T  
343.2  
Y12



APUNTAMIENTOS SOBRE UNA NUEVA ESTRUCTURA  
DEL DELITO EN EL CODIGO PENAL

SCIB  
00018907-1

PRESENTADO POR : DR. MIGUEL YACAMAN YIDI

//

47289



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO

CARTAGENA, Diciembre de 1.984

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	1
1. RESEÑA HISTORICA DE LA DOGMATICA	3
1.2 DOGMATICA CLASICA	3
1.3 DOGMATICA NEOCLASICA	4
1.4 DOGMATICA FINALISTA	6
2. EL DERECHO EN EL DERECHO POSITIVO	8
3. NECESIDAD DE UNA CONSTRUCCION ESTRATIFICADA DE LA TEORIA DEL DELITO	13
3.1 LA DOBLE TAUTOLOGIA DE CUALQUIER DEFINICION FORMAL DEL DELITO Y LA INFECUNDIDAD DE LA - TEORIA UNITARIA	13
3.2 LA PRETENDIDA POSICION INTERMEDIARIA	16
4. POSIBLE CRITERIO SISTEMATICO	19
4.1 DE LA ACCION HACIA SU AUTOR .	19
4.2 EL CAMINO INVERSO	19

3

4.3	LO OBJETIVO - SUBJETIVO	25
4.4	DIFICULTADES SISTEMATICAS QUE APAREJA EL CRITERIO OBJETIVO SUBJETIVO	25
5.	LOS ESTRATOS ANALITICOS	27
5.1	EL SENTIDO DE LA ESTRATIFICACION	27
5.2	UNA DISTINCION PRIMARIA	29
5.3	INEXISTENCIA DE CONDUCTA	30
5.4	CAUSAS QUE EXCLUYEN LA ACCION	31
6.	DE LA CONDUCTA	32
6.1	TIPO OBJETIVO	34
6.2	TIPO SUBJETIVO	35
6.2.1	Tipo Subjetivo Doloso	35
6.2.2	Tipo Subjetivo Culposo	37
7.	PRUEBA DE QUE EL DOLO PERTENECE AL TIPO PENAL Y NO A LA CULPABILIDAD	41
8.	CONCEPTOS DEL DELITO	44
8.1	CONCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD	45
8.2	TEORIA DE LA CULPABILIDAD	46
8.3	TEORIA DEL DOLO	47
9.	INCIDENCIA EN LA CULPABILIDAD	48
9.1	ERROR DEL HECHO Y DE DERECHO	48

	Pág.
9.2 LA TEORIA SICOLOGICA DE LA CULPABILIDAD	48
9.3 LA TEORIA SICONONORMATICA DE LA CULPABILIDAD	49
9.4 LA TEORIA NORMATIVA	49
9.5 CULPABILIDAD ES REPROCHABILIDAD	49
10. CONSECUENCIA PRACTICA DE LA TEORIA DE LA CULPABILIDAD EN LA TEORIA DEL ERROR	51
10.1 EL ERROR PARA LA TEORIA DE LA CULPABILIDAD PUEDE SER	51
10.2 EL ERROR PARA LA TEORIA DEL DOLO	52
11. LA ESTRUCTURA DEL DELITO EN EL CODIGO PENAL COLOMBIANO Y TEORIA DEL ERROR	53
11.1 LA EXPRESION HECHO PUNIBLE QUE UTILIZA EL - ART. 36 DEL CODIGO PENAL NO EQUIVALE AL DELITO	53
11.2 FORMA DE TIPICIDAD .	54
11.2.1 Del Dolo	55
11.2.2 Conciencia de la Antijuridicidad	57
11.3 CONCEPTO DEL TIPO PENAL	58
11.4 DE LA CULPABILIDAD	59
11.5 DIFERENCIA ENTRE ERROR DEL TIPO Y EL DE PROHIBICION	60
11.6 ERROR DIRECTO DE PROHIBICION	62

	Pág.
11.7 ERROR INDIRECTO DE PROHIBICION	65
11.8 ERROR DE TIPO	68
11.9 CONSECUENCIAS PRACTICAS EN LA TEORIA DEL ERROR	69
CONCLUSION	72
BIBLIOGRAFIA	72

INTRODUCCION

Las concepciones dogmáticas en que se fundamentaba nuestro sistema tradicional del Derecho Penal (Código Penal de 1.936 ya derogado), experimentó profundas transformaciones concretadas en el Código Penal vigente, apoyándose en un concepto finalista de la acción, aunque no se ha impuesto aún como una totalidad a causa de controversias aún existentes entre las diversas escuelas que serán tratadas tangencialmente.

Además, nos planteamos el problema de si el dolo natural, como conocimiento y voluntad del resultado, pertenece a la acción final, o si pertenece a la culpabilidad, inclinándose hacia la primera alternativa, basado en que la acción de la voluntad se conciba de modo finalista.

La acción no se agota en la realización de un cambio en el mundo externo, sino que es la realización de una voluntad, y de que ella, como tal, tiene un aspecto objetivo y subjetivo. Una estructura naturalista de la acción no

es suficiente y se profesa un concepto lleno de sentido social, que puede lograrse únicamente incluyendo el contenido de voluntad.

El concepto finalista de la acción hace posible la construcción de un sistema penal, claramente articulado, y permite resolver clara y objetivamente las controversias que se suscitan, muy especialmente en el ámbito del error tipo prohibición.

Por consiguiente, en el presente trabajo veremos como la acción finalista de la acción está incrustada en el Código Penal vigente, a pesar de que la mayoría de la doctrina y jurisprudencia patria digna los contrario!

## 1. RESEÑA HISTORICA DE LA DOGMATICA

En la dogmática alemana las estructuras del hecho punible conocidas son ; La dogmática clásica, la neoclásica y la-finalista. Todos ellos consideran el delito como conducta típica, antijurídica y culpable. Empero, cada sistema le otorga diversos contenidos.

### 1.2 DOGMATICA CLASICA.

Concibe la acción como un concepto causalista, esto es, conducta es comportamiento voluntario corporal (libertad de-inervación muscular ), que produce un cambio en el mundo -externo. El contenido de la voluntad no se estudia sino -en el ámbito de la culpabilidad. Sí una persona quiso o -no quiso matar, sí previó o no previó, sí quiso ocasionar la muerte o simplemente lesionar, eso se estudia en la cul-pabilidad.

Todo lo objetivo pertenece a la tipicidad y antijurídici -dad. Lo subjetivo a la culpabilidad, y esta se agota en el dolo o en la culpa. Además, ubica la conciencia de la



antijurídica en la culpabilidad. La imputabilidad es -  
 presupuesto de la culpabilidad. El Tipo viene a ser -  
 desdecripción objetiva de la conducta sin ingredientes -  
 subjetivos o normativos o culturales. La Antijuridicidad  
 es considerada como contradicción objetiva de la conduca-  
 ta con el ordenamiento jurídico como totalidad. La Culpa  
 bilidad implica todo lo subjetivo. El error es tratado -  
 uniformemente.



1.3 DOGMATICA NEOCLASICA.

También conocida como Normativa fué planteada por primera  
 vez, por FRANK, quien dijo que la Culpabilidad no es la -  
 relación psicológica del sujeto con el hecho, sin repro -  
 chabilidad del agente; que la imputabilidad ( capacidad -  
 de culpabilidad ) no es presupuesto de la culpabilidad -  
 por cuanto no es una relación del sujeto con el hecho si -  
 no elemento de la misma.

La concepción normativa puso de manifiesto que en los ca -  
 sos de coacción, el vínculo psicológico, o sea el dolo, -  
 permanece intacto, y no obstante no hay culpabilidad.

Así mismo, en la culpa inconsciente no obstante faltar -  
 el vínculo psicológico aún así se reconocía culpabilidad.

El descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto y de la antijuridicidad, agrietó el sistema clásico atrás explicado, según el cual, todo lo objetivo pertenece al tipo y a la antijuridicidad, y lo subjetivo, a la culpabilidad.

Los elementos subjetivos del tipo penal no son sino características anímicas del agente. Si el legislador no utilizase ingredientes comportamentales subjetivos se corre el riesgo de sancionar conductas inocuas o socialmente útiles. Por ejemplo, en el delito de hurto es necesario la existencia del propósito de lucro que, sin él, no es hurto o pasa a ser otra infracción penal o conducta inocua.

Con respecto a los elementos subjetivos de la antijuridicidad, no basta con la situación objetiva justificante sino que, es menester, el ánimo defensivo.

Estos ingredientes subjetivos específicos son paralelos al dolo, esto, es, no coinciden. Por ejemplo, la utilización de una cosa mueble ajena, sin propósito de apropiarsela si no de usarla - salvo cuando se trata de vehículo automotor -, no constituye delito de hurto.

Por lo tanto, las causales de justificación requiere el -

conocimiento de la situación justificante.

Por consiguiente, el esquema normativo o neoclásico afirma que la culpabilidad es un concepto siconormativo, ubicando el dolo y la culpa como forma de culpabilidad al lado de la imputabilidad y de la reprochabilidad; en cuanto al conocimiento de lo injusto sigue formando parte del dolo ( teoría del dolo ).

1.4 DOGMATICA FINALISTA.

Según el concepto final de acción el tipo es objetivo y subjetivo, y la culpabilidad es puro juicio de reproche. En cuanto a la acción no es suficiente la simple voluntariedad de la conducta, sino que es necesario indagar el contenido de esa voluntad que siempre es final, no solo en las acciones lícitas sino también en las ilícitas. Quiere decir lo anterior que la dirección de la voluntad tiene un fin mentalmente anticipado, junto a la selección de los medios y la consideración de los efectos concomitantes, y su ejecución en dirección al fin. Si JUAN dispara su arma de juego contra DIEGO lesionándolo, el tipo penal objetivo será lesiones personales o tentativa de homicidio, según el contenido de voluntad (dolo o culpa) que viene a integrar el tipo subjetivo, distinto al juicio de reproche que es la culpabilidad. En el tipo subjetivo está el dolo, y

eventualmente elementos subjetivos o especiales momentos del ánimo.

La culpabilidad es juicio de reproche y tiene como elementos: la imputabilidad ( capacidad de culpabilidad ), conocimiento potencial de la antijuridicidad y la exigibilidad de la conducta conforme a derecho.

Por lo tanto, dolo y culpa no están en la culpabilidad sino en el ámbito de la acción en su aspecto subjetivo.

La diferencia con la dogmática clásica y normativa es que en tanto el dolo es conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo, más conciencia potencial de la antijuridicidad, para la dogmática finalista el dolo, como conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo, está en la acción, y la conciencia de la antijuridicidad en la culpabilidad como elemento de ésta.

El tratamiento del error tipo prohibición no es uniforme como en las estructuras clásica y neoclásica - conocida - también como normativa, sino que tiene sus consecuencias prácticas como se verá más adelante en el presente trabajo.

2. EL DELITO EN EL DERECHO POSITIVO.

El Código Penal derogado de 1.936 no contenía ninguna definición de delito, labor desarrollada por la doctrina y jurisprudencia nacional. El Código Penal vigente de 1.980, lo define como conducta típica, antijurídica y culpable - (arts. 2, 3, 4 y 5).

A veces utiliza un lenguaje legal impreciso, a saber:

A. "Hecho" o "hecho punible" como conducta típica (arts. - 1,2,4,5,9,22,20 inc. 2º; 24, 26, 29,33,35,36,37,38, 39,40-nums. 1ºy 4º; 138 inc. 1º; 189 inc. 2ºdel Código Penal vigente);

B. "Hecho punible" como delito (arts. 2,13,14, 18, 19, inc. 1º; 21, 22, 23, y 27 ejusdóm );

C. "Acto" como conducta (arts. 111, 112, 114, 116, 128, - 141; 142, 152, entre otras, ibímen );

D. "Infracción" como delito ( Capítulo octavo del Libro-

III, del Libro Segundo; Capítulo sexto del Título IV del mismo libro; Capítulo II, del Título V, Libro 2º; y por último, Título VII del Libro 2º del Código Penal );

E. La palabra "Delito". (art. 15, nums. 1,4,5 y 6; arts. 16, 18, 130, 153 entre otros ibídem ).

Dada esta falta de precisión en el vocabulario legal, se ha distinguido entre delito stricto sensu y delito lato sensu. Por delito stricto sensu se ha entendido el que presenta todos los caracteres a que nos hemos referido ( conducta típica, antijurídica y culpable ), en tanto que delito lato sensu sería la conducta típica o la conducta típica y antijurídica -que llamamos injusto penal-, es decir, la conducta que no es delito en sentido estricto, sea porque le falta la antijuridicidad y la culpabilidad o la culpabilidad solamente.

Aparte de que pueda entenderse que hay dos conceptos de delitos, no puede tampoco esquivarse la consecuencia de que hay hechos que tienen relevancia penal, en el sentido de que quedan comprendidos dentro de las facultades jurisdiccionales del juez penal o bien en el de que son requeridos para individualizar conductas prohibidas, pero que ni en el más amplio o lato sentido pueden ser llamados delitos.

Tenemos hechos que no son delitos, pero que presentan rela-

vancia penal por quedar sometidos a la jurisdicción penal. Tales son : 1º - Los hechos de los involuntables, es decir, de los sujetos incapaces de voluntad, puesto que sin voluntad no hay conducta humana ( por ejemplo, el supuesto de inconsciencia : sueño, sonambulismo, etc.).- No obstante, el juez penal puede ordenar la internación del sujeto, aunque esta no es una medida penal, sino una medida administrativa que la ley pone dentro de las facultades jurisdiccionales del juez penal.

2º- También quedan sometidos a la jurisdicción penal ciertas conductas atípicas en que el juez puede ordenar la internación. Tal es el caso de una conducta que resulta atípica por efecto de un error de tipo condicionado por incapacidad psíquica, o sea, por la incapacidad para reconocer los elementos del tipo objetivo. Así, quien dispara contra lo que cree que es una piedra conforme a su mundo sicótico, cuando en realidad se trata de un hombre, no realiza una conducta típica de homicidio, pudiendo, no obstante, ser sometido a internación manicomial, la que también es una medida penal solo en sentido formal, porque es materialmente administrativa.

Hay otros hechos humanos que tienen relevancia penal, pero en razón de que son necesarios para individualizar conductas prohibidas. Tales son por ejemplo, las conductas que no estan prohibidas, pero que son necesaria para con-

figura la prohibición de otra conducta : el consentimiento de la mujer en el estupro (art. 301 C. ), y en la inducción a la prostitución (art. 308 ibidem).

Los dos conceptos de delitos ( en sentido amplio y en sentido estructo ) y su adecuada distinción de otros hechos humanos con relevancia penal, no surge directamente de la terminología del Código, sino que a partir de ella debemos construirlos dogmáticamente, atendiendo el funcionamiento armónico de las disposiciones del texto legal. Ello obedece a que el vocabulario que el texto emplea, por inconstante no puede ser tomado directamente.

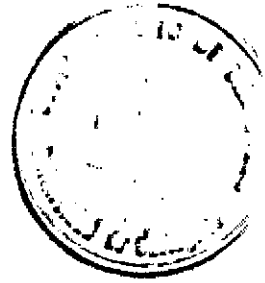
Nuestro Código Penal adopta la hipartición de las infracciones penales, en delito y contravención. Nustra ley penal no emplea la palabra "criminal", aunque la misma no es del todo ajena a nuestro sistema jurídico, puesto que la Constitución Nacional la recepta, al emplearla en el párrafo segundo del artículo 26 y también en el artículo 107.

El adjetivo "criminal" significa "Relativo al crimen" El que ha "cometido un crimen", dice el Diccionario de la Lengua Española, segunda Edición, y crimen, según la misma obra, "Delito grave". Débese entonces concluir que dichas disposiciones hacen referencia a cualquier delito, pues la interpretación ha de ser extensiva.



La palabra "crimen" parece provenir de raiz griega que significa "separar", o sea, lo que se debe separar mediante acción judicial. En lugar "delito", parece dar la idea de abandono o desviación, pues según COROMINAS deriva de linquero ( dejar ).

En punto a lo anterior dice RAFAEL PINA, Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa-México, pág. 85 : " Crimen.- Infracción penal grave. En el Derecho Francés se distingue en "tre crimen, delito, y contravención en atención a su gravedad.- Esta palabra se emplea también como sinónimo de delito.- Respecto a la clasificación tripartita de las infracciones penales que el Derecho Francés conserva todavía se ha dicho que los crímenes lesionan la libertad y la vida, los delitos los derechos derivados del pacto social, como la propiedad, y las contravenciones suponen nuevas infracciones de los reglamentos de "polícia" , en tanto, según "el mismo autor". Delito es acto u omisión constitutivo de una infracción de la ley penal."



### 3. NECESIDAD DE UNA CONSTRUCCION ESTRATIFICADA DE LA TEORIA DEL DELITO.

#### 3.1 LA DOBLE TAUTOLOGIA DE CUALQUIER DEFINICION FORMAL DEL DELITO Y LA INFECUNDIDAD DE LAS TEORIAS UNITARIAS.

Se ha pretendido que el delito queda suficientemente caracterizado como "conducta punible", pero con ello nos hallamos frente a una ecuación con dos términos desconocidos : sera delito lo que demande pena, y pena lo que sea demandado por el delito.

En efecto, si bien desde el punto de vista lógico toda definición resulta tautológica, esta no solo lo será por -- ser definición, sino también porque ni siquiera alcanza a ser tal, puesto que nada nos dice acerca de los caracteres del delito, de modo que no sabemos cuando una conducta es punible y, por ende, cuándo es delito. Es menester reemplazar el aditamento "punible" por las condiciones o caracteres que se debe presentar la conducta para que sea punible, los que indudablemente deben darse en un

cierto orden lógico, constituyendo así una estratificación que se dá en el género "conducta" y que elimina el "plus" tautológico de la definición. Así se hizo en el Código Penal vigente de 1.980 (art. 2,3,4 y 5).

Nuestro legislador no lo hizo por afán especulativo o de estética jurídica, sino por razones prácticas que persigue la teoria del delito, que es brindarnos un camino lógico para afirmar o descartar la criminalidad un camino lógico para afirmar o descartar la criminalidad de las conductas concretas. Este objetivo práctico no lo alcanza ninguna concepción unitaria del delito que se niega a distinguir planes o niveles analíticos.

Las teorías que han pretendido negar los planes o niveles analíticos, fundándose en criterios formales, realistas o políticos, han demostrado su infecundidad o sus desastrosos resultados.

Se atacó la construcción dogmática con argumentos Kelsenianos, en tanto que para el positivismo italiano eran "abstrucciones tudescas y para el nacional-socialismo una expresión del desquiciamiento jurídico."

La razón de su fracaso radica en que una teoría "totalista" o "unitaria" no puede brindar ninguna solución práctica, por ende, puede brindar cualquiera, lo que significa que

no sirva a la seguridad y la certeza en la aplicación del derecho.

La corriente penal nacional - Socialista - defensora del - concepto "totalista" o "unitario" - se conoce con el nombre de Escuela de Kiel, hallándose hoy extinguida.- Bien claro es ENRIQUE AFTALION.

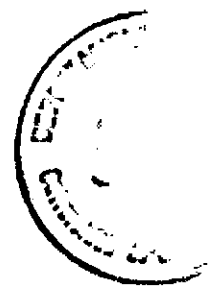
La Escuela Penal Técnico - Jurídica y otros estudios penales, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1.952, pág. 89, cuando dice : " Un enjuiciamiento muy superficial y frívolo de "esta concepción del delito como totalidad que acabo de bosquejar podría llevar a encontrársele parentesco con la Escuela Alemana de Kiel, encabezada por LORENZ, DAHOR y - "SCHAFFSTEIN, que también aspira a encarar el delito como - "un todo. Pero quienquiera se toma el trabajo de calar hon - "do encollo de esta corriente gótica advertirá muy pronto - "que la única coincidencia reside en la repulsa de la con - "cepción analítica del delito, hasta entonces dominante "en Alemania. Sólo que sí ellos embestían contra esa con - "cepción, no éran por razones filosóficas o científicas de "la índole de las que he expuesto, sino por motivos eviden - "temente políticos : les molestaba su sentido liberal. Las "lucubraciones de la Escuela de Kiel, hechas a la medida de "las exigencias oficiales, no son más que penosos, pero a - "leccionadores ejemplos de los extremos a que conduce la - "polítización "de la ciencia penal".

De cualquiera manera, la teoría unitaria ha perdido importancia; la teoría pura pasó de moda, con lo cual la negación de la estructura analítica se reduce a algún balbuceo aislado de teoría analítica se reduce a algún balbuceo aislado de teoría, generalmente procedente de los jusfilósofos, que no de los penalistas.

Hicieron excepción en Colombia, entre otros, LUIS CARLOS PEREZ, Tratado de Derecho Penal, Bogotá, 1967, T.L, pág. 506, que acogieron la crítica a la concepción estratificada, pretendiendo que los llamados caracteres dogmáticos del delito se identifican con los elementos material y moral manejados por los clásicos (CARRARA), en lo que por cierto no le falta razón si se detiene solo a observar el criterio sistemático " Objetivo- Subjetivo", pero que pasa por alto todo el desarrollo posterior de la dogmática y, por otra parte, aún cuando así fuese todavía hoy, esto no constituye argumento para renunciar a la dogmática y caer en una concepción totalista o unitaria, que siempre, como bien lo puntualiza BETTIOL, es romántica.

3.2 Las pretendidas posiciones intermedias.

Son las que pretenden aceptar la estratificación analítica del delito, pero que en un nivel del mismo se valen de los conocimientos que corresponden a otro nivel ulterior de



análisis que aún no se tiene disponible, como lo sostiene entre nosotros ALFONSO REYES ECHANDIA.

La mayoría de los autores reconocen que la afirmación de un concepto analítico del delito, no importa la consideración del mismo como una suma de elementos. Resulta cierto a nuestro juicio - concepto analítico del delito -, pero creemos que la consideración del delito como una " suma " o " añadido " de elementos, configura una desviación grosera del pensamiento analítico, por lo que el rechazo de esta concepción nunca puede justificar el rechazo del criterio analítico que impone el avance por pasos, es decir, estratificadamente.

Para nosotros, el delito nunca puede ser una " suma de elementos ", porque su unidad está dada por la acción o conducta. Sus tres caracteres específicos son precisamente características que están en la acción, que pertenecen a ella y que sólo podemos escindir por análisis. Ahora bien, la circunstancia de que éstos sean solamente niveles analíticos no autoriza a que nos podamos mover de un plano a otro del análisis cuando nos convenga. Así, para dictaminar la tipicidad, no podemos tomar en cuenta elementos que están en el nivel de la culpabilidad (dolo o culpa, según el Esquema Neoclásico del delito, están en la culpabilidad y no en el tipo como es lo correcto según

el Esquema Finalista de la acción); eso nos lo impide el procedimiento analítico que exige que el análisis avance - siguiendo un orden lógico, o sea, en una prelación lógica.

Lo que negamos es que la unidad óptica se pretenda extraer como consecuencia lo contrario; cada vez que ello se intente, significará una renuncia al concepto analítico, renuncia que no cabe afirmar de parcial, sino que es total; significa renunciar a la lógica, con lo cual se introduce una contradicción en el sistema y de este modo su consiguiente invalidez.

Cuando se sigue el camino analítico, esto es, cuando emprendamos la exógesis conceptual del delito, por algún lado se nos impone comenzar y por otro terminar. Menester no es tomar algún sendero y, cuando lo hemos emprendido, no podemos recurrir a cualquier concepto que todavía no tenemos disponible para esclarecer un paso previo del análisis. Eso implica apelar a la intuición, es decir, renunciar tácticamente al camino analítico.

#### 4. POSIBLES CRITERIOS SISTEMATICOS

##### 4.1 DE LA ACCION HACIA SU AUTOR.

Ante la imposibilidad de captar el delito en forma unitaria -imposibilidad que se deriva de la infecundidad de cualquier intento semejante - se desprende de la necesidad de su consideración como un concepto complejo. - Como no es posible ignorar que el delito es una conducta o acción y que, como tal, debe pertenecer obligadamente a un autor, sí bien ambos conceptos se presuponen mutuamente, cabe preguntarse por donde es conveniente iniciar la tarea analítica, si por la conducta o por su autor.- En el esquema que el Código Penal vigente desarrolla toma partido por el camino que se inicia en la conducta. Detengamos ahora nuestra atención - un instante, para apuntar dos posibilidades sistemáticas diferentes - que realizamos : el camino inverso ( del autor-hacia la conducta ) y el criterio Objetivo - Subjetivo.

##### 4.2 EL CAMINO INVERSO.



Parece a prima facie lógico que se marcha analíticamente - desde el autor hacia la conducta, particularmente tomándose en cuenta que sin autor no hay conducta y el que el autor preexiste a la conducta.

En verdad, ninguno de ambos argumentos tiene consistencia. Que sin autor no hay conducta es afirmación certerísima, - pero también lo es que sin conducta no hay autor. Este - infantil juego de palabras obedece a: que se trata de un - juicio analítico - no sintético - en el que nada agregamos al conocimiento puesto que solamente definimos al actor - vinculándolo inescindiblemente a su conducta.

Con referencia al segundo argumento - es decir que el autor preexiste a la conducta - podemos afirmar que la prioridad cronológica jamás puede ser criterio determinante de la prelación lógica de los caracteres del delito, pues - ellos deben coincidir en el momento realizador o consumativo, sin que tenga relevancia alguna que hayan coincidido un instante antes o después. Piénsese que con tal criterio - podría sostenerse que lo primero en el tiempo sería la ley y, por ende, el tipo penal.

Por supuesto que el criterio por nosotros sostenido - que va de la conducta al autor - no prescinde de éste en modo alguno. Al autor lo veremos a lo largo de todo el análi-

sis del delito : primero como autor de conducta, después como autor de conducta típica, más tarde como autor del - injusto y, por último como autor culpable ( lo que da a - su conducta el carácter de reprochable ).

No se trata de prescindir del autor y de tomarlo en cuenta apenas al nivel de la culpabilidad, sino que a ese nivel se le ve únicamente como sujeto de reproche personal.

En cuanto a las consecuencias prácticas de la concepción que criticamos y que pretende marchar del autor hacia la conducta, cabe advertir que con ella nos veríamos forzosos a desconocer al inimputable su capacidad de actuar justificadamente, pues al ser la imputabilidad el primer paso del análisis, negada la imputabilidad no tendría sentido entrar a considerar los otros niveles analíticos. Igualmente inadmisibles serían la invocación de la legítima defensa contra la agresión de un inimputable, porque al no realizar ésta conducta, no se trataría propiamente de una agresión, sin contar con las enormes dificultades en materia de participación.

4.3 LO OBJETIVO - SUBJETIVO.

La circunstancia de que estratifiquemos la teoría del delito marchando de la conducta hasta el autor, no significa,-

como se ha entendido, que tal análisis deba hacerse par -  
tiendo de lo Objetivo para llegar a lo Subjetivo.

Por cierto que cuando nos hallamos ante un fenómeno cual -  
quiera en que participa el hombre, lo primero que se nos o  
curre es escindir analíticamente sus aspectos objetivos y  
suvjetivos. Este criterio simplista - propio de una reac  
ción primaria y carente de elaboración - aplicado al análi  
sis del delito nos conduce de inmediato a afirmar que el  
injusto penal ( la conducta típica y antijurídica ) es el  
aspecto objetivo del delito y que la culpabilidad es su as  
pecto subjetivo.

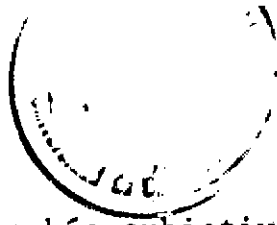
Esta afirmación se hace insostenible, al menos en términos  
absolutos, porque afirmar que el injuto es puramente obje  
tivo equivaldría a sostener que existe conducta humana sin  
voluntad. Para evitar esta consecuencia absurda, los par  
tidarios del criterio quieren salvar el esquema desnatura  
lizando el concepto de conducta mediante un recurso artifi  
cioso, que pretende que en la conducta debe darse la volun  
tad, pero una voluntad que no abarca el fin de la conducta, =  
una voluntad que se reduce a una mera inervación muscular. -  
De este modo, el fin de la conducta, inexplicable y arbitra  
riamente escindido de la voluntad, es llevado a la culpabi  
lidad. ( REYES, ESTRADA, PEREZ, ARENAS y otros ).

Por esta vía sus partidarios consideran a las descriptio -

nes legales de conducta prohibida como un mero encuadre formal en el que encaja un proceso causal - cuando la ley o un mero movimiento sin finalidad conocida.- Es de esta manera que las descripciones legales que dan-según este criterio - " objetivizadas ".

El grito de acoso alarido - sistemático es el siguiente: Todo lo objetivo al injusto, todo lo subjetivo a la culpabilidad. Este principio fué adquirido cada vez mayores limitaciones, hasta quedar hoy prácticamente invalidado.

Nuestra concepción no toma como base la distinción del criterio Objetivo - Subjetivo, sino que se trata de una individualización de conducta mediante un sucesivo juego de comprobaciones de desvalor jurídico. Establecida la presencia de la conducta típica, la misma es sometida a una primera comprobación que es oposición al orden jurídico (antijuridicidad), comprobación en la que se hace preciso tomar en cuenta aspectos tanto objetivos como subjetivos, y no sólo su aspecto objetivo, como se ha pretendido por parte de quienes entendieron que el criterio sistemático debía fincar en la distinción entre elementos externos e internos. No actúa, por ejemplo, en legítima defensa quien mata por venganza a otro sin saber que la victima estaba esperándolo precisamente para matarlo; la exclusión de la legítima defensa en este caso no se debe a que se mate por



venganza, sino a que el autor no sabía subjetivamente que estaba defendiéndose de la agresión de la víctima. El elemento subjetivo de justificación no exige, por tanto, que los móviles del que actúa justificadamente sean valiosos, sino que simplemente que el autor sepa y tenga la voluntad de actuar de un modo autorizado o permitido jurídicamente. No se trata de valorar los motivos e intenciones últimas del acusado, sino de probar simplemente que conocía la situación objetiva justificante y actuó voluntariamente dentro de los límites autorizados.

A posteriori se realiza otra comprobación, que consiste en averiguar si el derecho lo exige al autor que no incurra en injusto (o sea una conducta contraria al orden jurídico).

Este criterio es resultado de una evolución que fué precedida por el criterio Objetivo - Subjetivo, que en la actualidad se encuentra desechado, pero que permanece encubierto en muchas sistemáticas. Es en CARMIGNANI donde se hace patente y clara la sistemática que criticamos : para CARMIGNANI el delito puede ser considerado en su intención, es decir, en su fuerza moral, o en cuanto a su ejecución, es decir, en su fuerza física. Todo lo que falta en la intención o en la ejecución constituye para CARMIGNANI el grado del delito. Esta teoría de las fuerzas, tradicionales en la es -

cuela de Toscana, fué desarrollada al máximo por CARRARA. Parecido criterio sostiene RANIERI, pese a que desde la forma del delito es un hecho humano típico, ilícito y punible, no deja de reconocer al fin que, en su contenido, tiene un elemento material y un elemento psicológico, con lo que también cae como tributario del viejo esquema.

4.4. DIFICULTADES SISTEMATICAS QUE APAREJA EL CRITERIO - OBJETIVO SUBJETIVO.

Uno de los problemas que con este criterio no halla satisfactoria explicación es el de la tentativa. La tentativa responde a una fórmula legal que amplía las descripciones de materia de prohibición hechas por el texto legal en sus tipos de la parte especial. Sin la fórmula de la tentativa, la conducta que no consuma delito alguno no estaría prohibida. No obstante, es imposible determinar si una conducta queda abarcada en ésta fórmula o cae fuera de ella, si no se toma en cuenta el fin de la misma: nada se puede decir sobre un puñal que hiende en el aire si se ignora con que finalidad fué lanzado. El artículo 22 del Código Penal es suficiente claro al respecto. Si esto ocurre con la tentativa, no hay razón para negarlo aún en los delitos consumados. No participa de este criterio REYES, PEREZ, ESTRADA, ARENAS y otros no menos importantes.

Por otra parte, las mismas descripciones de conducta prohi

bida requiere a veces direcciones especiales de la voluntad, habiéndose hablado de esos supuestos de "elementos subjetivos del tipo o del "injusto", y sus presencias son absolutamente necesarias, ya que la conducta, sin él, resulta completamente indiferente para el derecho. El hecho de comprar un objeto no constituye delito alguno, pero sí es receptación sí tal compra se hace a sabiendas de que el objeto es hurtado.

Estos elementos subjetivos no se pueden explicar con un criterio sistemático que pretende que la conducta se individualiza, primafacie, por su aspecto objetivo... En consecuencia, la quiebra del criterio objetivo -subjetivo se debe de preferencia a la dogmática normativa o neoclásica, inaugurada por FRANK en 1.907.

5. LOS ESTRATOS ANALITICOS

5.1 EL SENTIDO DE LA ESTRATIFICACION.

Cuando afirmamos que el concepto de delito es estratificado, es menester insistir en que lo estratificado, lo que se realiza por etapas, no es el delito, sino su análisis: lo estratificado es el proceso analítico. La conducta humana no estratificada, sino que ciertas conductas se denominan delitos, cuando poseen unas características que se estudian en un cierto orden: típica, antijurídica y culpable.

El delito no es un rompecabezas ni puede estudiarse como una pieza anatómica. La conducta es el " todo " del delito y lo que suele llamarse " elementos del delito "(así - lo hace ANTONIO VICENTE ARENAS ), son características de la conducta requerida por el derecho para motejarla " delito ", La unidad del concepto analítico o dogmático la garantiza, precisamente, la conducta. El análisis no destruye el delito, si lo realizamos teniendo en cuenta que se trata de una unidad cuya síntesis es la conducta. En este



sentido el análisis no niega la unidad, sino que es el medio para realizarla.

De allí que el proceso analítico no puede arrancar de nada diferente a la conducta misma : no pueden considerarse caracteres " delictivos " de una conducta los que son caracteres de cualquier conducta humana.

Quienes consideran que la finalidad puede tomarse indistintamente en consideración a nivel del tipo o de la culpabilidad, parecen considerar al delito en una mesa de autopsias, sin percatarse de que la tipicidad que no tome en consideración la finalidad será la característica de algo que no es conducta, lo que ellos mismos reconocen ( REYES, ESTRADA, PEREZ, ARENAS ).

La conducta humana es inescindible, incluso de sus circunstancias. El hecho de que a nivel de la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad, tenemos en cuenta determinados aspectos psicológicos o fácticos, no significa que estos aspectos no esten en la conducta o rodeádola. Sucede así que la conducta es el " todo " del delito, un todo " prejurídico " y " jurídico " a la vez. Es prejurídico porque la conducta existe antes que la ley la describa o independientemente de sus descripciones y valoraciones. Es jurídica por ser materia de una valoración jurídica.

Para determinar qué es delito, la ley describe determina - das conductas - las individualiza - y luego las desvalora doblemente : una desvaloración de la conducta y otra de su autor en su circunstancias, que implica también una característica de la conducta. Estos juicios vienen dados por la ley, y nosotros nos limitamos a verificar su existencia.

Recordemos que la conducta es lo genérico y lo delictivo - es lo específico : lo delictivo son conductas con ciertas características, pero los elementos que tomamos en cuenta para afirmar la existencia de esas características ya es - tán dadas en la conducta o son su circunstancia. Por - ello preferimos no hablar de " elementos " del delito, porque el delito no es dominó, sino que todos sus " elementos" se hallan en la conducta o en la circunstancia en que éste ineludiblemente se hallan inmersos como manifestación de - un " ser ahí ", tomándose en cuenta sólo para la individualización o comprobación de la doble desvaloración de la conducta. Por ello, se nos ocurre menos confuso considerar a la tipicidad, a la antijuridicidad y a la culpabilidad como " caracteres " de la conducta delictiva.

5.2 UNA DISTINCION PRIMARIA.

En el Código Penal vigente nos hallamos con una serie de - enunciados en la " parte general " que nos indican cuando

hay delito y cuando lo excluye ( arts. 2,3,4,5,20,29,31,36, 37.39 y 40 ). Por otro lado, hay una serie de descripciones en la " parte especial ", que corresponde a las conductas penadas, De uno y otros debemos inferir, por exclusión, los casos en que no hay delito o, lo que es lo mismo, aquellos en que hay delito.

Esto nos sugiere una distinción primaria : los supuestos en que no hay delito y los otros, en que no lo hay porque la conducta no coincide con algunas de las figuras de la parte especial.

Previo a averiguar si la conducta está descrita, se impone saber si es conducta, porque no tiene objeto comparar con la descripción legal de una conducta amenazada con pena, lo que no sabemos sí es conducta.

5.3 INEXISTENCIA DE CONDUCTA.

No hay conducta en los supuestos de " inconsciencia " que el Código Penal vigente erróneamente los trata como inimputabilidad en el artículo 31 y de fuerza irresistible, también equivocadamente reglamentaria como causal de inculpa- bilidad en el numeral 1º del artículo 40. En todos los demás supuestos, aunque no hubiere delito, hay siempre una conducta humana. En estos dos casos no la hay porque el individuo obra como un mero agente físico, pero en el acon

tercer físico que protagoniza no tiene ingerencia alguna la voluntad.

En consecuencia, el primer peldaño finca en la averiguación de la presencia de una conducta, que se establece mediante la comprobación de la inexistencia de los supuestos que la excluyen.

5.4 CAUSAS QUE EXCLUYEN LA ACCION.

- 1°).- Fuerza física irresistible : el que empuja por una muchedumbre cae sobre el cristal de una vidriera y lo rompe no realiza acción alguna porque ha caído a una fuerza física irresistible;
- 2°) Estado de inconsciencia : el sonámbulo que dormido camina en un hotel y rompe un jarrón valioso que estaba allí de adorno tampoco realiza acción alguna, pues se da en el caso un estado de incoscienza absoluta ;
- 3°) Estado reflejo : el que estornuda y como consecuencia de ello baja voluntariamente la cabeza golpeando a otro en la cara lesionándolo, tampoco realiza acción alguna.

6. DE LA CONDUCTA.

La conducta humana es ejercicio de actividad final; porque depende de la voluntad humana con contenido : algo que se quiere alcanzar, esto es, un fín. Es inadmisibile una voluntad de nada y para nada.

La orientación final de la conducta se lleva a cabo en dos fases ; interno y externo.

La fase interna se desarrolla en la mente del agente y consiste en :

1º- Anticipar la realización del fín ( qué es lo que quiere ), por ejemplo, matar, 2º- Elección de los medios para realizar el fín anticipado ( cómo lograrlo ?), vergi gratia, con una ametralladora, y 3º- Considerar los efectos concomitantes unidos causalmente a los medios elegidos y al fín que se propone, p. ej., a causa de los disparos al canzar a otras personas.

La fase externa consiste en poner en marcha la realización del fin

del fin anticipado, haciendo uso de los medios elegidos - conforme a la normal y usual capacidad humana de previsión, esto es, el agente orienta la causalidad a un fin anticipado porque tiene conocimiento de cómo funciona la causalidad y ello lo permite prever cursos causales concretos, aunque, desde luego, dentro de ciertos límites.

El punto de partida de toda reacción jurídicopenal, es la conducta humana, porque las disposiciones penales tienen por objeto conductas humanas, positivas y omisivas, y tanto las unas como las otras comprenden la realización intencional como la ejecución u omisión sin el cuidado debido.

El concepto de conducta es pues ontológico ( lo denomina estructuras lógicas - objetivas ), porque es el que se da en la realidad y es el que debe manejarse en Derecho Penal.

No basta que la conducta sea voluntaria con prescindencia del fin. No es suficiente que haya "inervación muscular-voluntaria" de accionar el gatillo de un arma de fuego y del disparo del arma haya resultado, por un vínculo causal, la muerte de una persona, para la existencia de la conducta, por cuanto se exige además la presencia del dolo o la culpa o la ultraintención. No es como afirman los partidarios de la dogmática neoclásica - teoría del dolo que esto, o sea, el dolo, hace parte de la culpabilidad como sim -



ple relación sicológica entre el accionar el arma y el resultado muerte, por cuanto conduce es un hacer o no hacer voluntario final; por tanto, la conducta es óntica y penalmente la misma.

Cuando una conducta humana tiene por finalidad matar a una persona y lo ha logrado con disparo de arma de fuego, esa conducta es típica porque se adecúa a un tipo legal ( art. 323 Código Penal ). Para que una conducta se adecúe al tipo legal es necesario que se haga con finalidad típica (dolo); cada tipo doloso de los culposos nos ocuparemos luego - requiere un dolo determinado ( no se puede matar a una persona con dolo de falsificar documento público). Por lo tanto, el tipo penal presenta dos aspectos : uno objetivo y otro subjetivo.

6.1 TIPO OBJETIVO.

Contiene todos los elementos jurídicamente relevantes que se dan en el mundo exterior; es la descripción de la conducta prohibida por una norma. El esquema básico se compone de tres elementos ; la acción, la relación de causalidad y el resultado. Este esquema pertenece a un delito de resultado ( art. 323 Código Penal ).

Por oposición a los delitos de resultado existen otros en-

los que agota su descripción en la sola realización de la acción ( art. 186 Código Penal ).

6.2 EL TIPO SUBJETIVO.

6.2.1 Tipo subjetivo doloso.

El dolo que es el núcleo central de la parte subjetiva - comprende dos aspectos : uno intelectual ( saber que lo que accionaba era un arma de fuego, que era capaz de matar, que a quien se disparaba era un hombre, etc.); el volitivo en la voluntad de dar muerte a esa persona.

En la acción, como puede apreciarse, se dan elementos externos, objetivos, y elementos subjetivos, que como tales transcurren en la conciencia del autor. Este aspecto subjetivo constituye lo que llamamos tipo subjetivo.

Dolo es, pues, el conocimiento y la voluntad de la realización del tipo penal (art. 36 Código Penal ). Para que una conducta sea dolosa se requiere que haya una armonía en cuanto a los dos aspectos de la tipicidad ( el objetivo y el subjetivo ), que se llama congruencia típica.

Dijimos que el dolo se compone de dos elementos. Hay conocimiento siempre y cuando el autor haya obrado sin error



los que agota su descripción en la sola realización de la acción ( art. 186 Código Penal ).

6.2 EL TIPO SUBJETIVO.



6.2.1 Tipo subjetivo doloso.

El dolo que es el nucleo central de la parte subjetiva, comprende dos aspectos : uno intelectual ( saber que lo que accionaba éra un arma de fuego, que éra capaz de matar, que a quien se disparaba éra un hombre, etc. ); el volitivo en la voluntad de dar muerte a ese persona.

En la acción, como puede apreciarse, se dan elementos externos, objetivos, y elementos subjetivos, que como tales transcurren en la conciencia del autor. Este aspecto subjetivo constituye lo que llamamos tipo subjetivo.

Dolo es, pues, el conocimiento y la voluntad de la realización del tipo penal ( art. 36 Código Penal ). Para que una conducta sea dolosa se requiere que haya una armonía en cuanto a los dos aspectos de la tipicidad ( el objetivo y el subjetivo ), que se llama congruencia típica.

Dijimos que el dolo se compone de dos elementos. Hay conocimiento siempre y cuando el autor haya obrado sin error

o ignorancia sobre alguno de esos elementos. Cuando el agente ha obrado con error o ignorancia, faltan el conocimiento y por tanto también la voluntad de realizar el tipo. El error es entonces una causa que excluye el dolo y, dado que ese error solo puede recaer sobre los elementos del tipo objetivo, lo llamaremos error de tipo ( así lo hace el Código Penal vigente, núm. 4º art. 40). El error sobre los elementos del tipo objetivo es, pues, el error que excluye el dolo ( el sujeto cree que está disparando sobre un árbol y lo está haciendo sobre una persona).

El error de tipo es vencible cuando el sujeto, poniendo el cuidado debido, podía salir de él, esto es, cuando el agente ha caído en error por su propia culpa. Cuando el error proviene de culpa del autor ( imputable ), desaparece el dolo, pero deja subsistente la realización culposa del tipo si está previsto legalmente. Por ejemplo, en el caso del homicidio o de las lesiones, cuando no hay dolo, pero el error se apoya en la culpa, es posible aplicar la pena del homicidio o lesiones culposas ( arts. 329 y 340 Código Penal).

En cambio, en el caso de hurto no existe hurto culposo, resulta irrelevante sí el error es imputable o no, porque de todos modos la ley sólo prevé el tipo doloso ( art. 349 - Código Penal ).

El error de tipo es invencible cuando ha puesto el cuidado debido y no ha podido salir de él (cuando el error no proviene de la propia culpa), elimina el dolo y excluye toda responsabilidad. Por lo tanto, si el error sobre los elementos del tipo no es imputable, el hecho es impune.

El tipo penal pues, no puede carecer de aspecto subjetivo o si lo tiene no puede quedar reducido al mínimo, porque el dolo pertenece al tipo y no a la culpabilidad. La estructura del delito no puede simplificarse y dividirla enviando todo lo objetivo a un lado ( injusto ) y todo lo subjetivo a otro ( la culpabilidad ).

De manera que no puede concebirse el tipo como meramente objetivo.

6.2.2 Tipo subjetivo culposo.

Tan final es la conducta dolosa como la culposa. Que la característica de la conducta culposa sea el modo de realización ( violatoria de un deber de cuidado ) no le quita su naturaleza final; que por mandato legal, en ciertos tipos, no repara en el fin sino en el modo de realización, no significa que presuponga que no hay finalidad en esa conducta.

La conducta culposa también es conducta final; nadie duda que conducir un automovil es conducta final de conducir, pero el derecho exige que cualquiera que realice esa conducta lo haga guardando el deber de cuidado. Si el conductor viola el deber de cuidado y su conducta causa la muerte de alguien, su conducta será típicamente culposa ( art. 329 Código Penal ). Consecuentemente, el tipo exige una conducta dirigida a un fin distinto del resultado-lesivo al que está causalmente unida, pero que en su modo de realización haya violado un deber de cuidado. Si esta última característica no se presenta, la conducta será atípica.

Es inexacto afirmar que la conducta culposa no es final. Todas las conductas son finales, solo que la culposa no se dirige al fin típico de que se trata, aunque pueda ser otro ( el que queriendo dañar la casa ajena lesiona al morador ).

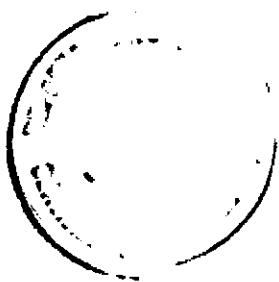
REYES acepta la conducta finalista en el tipo culposø; ilógicamente no la admite en el doloso, incurriendo en incongruencia -,pero ubicándola en la culpabilidad como especie de la misma, lo que es un contrasentido. En efecto, así se expresa : Entendemos por culpa la reprochable actitud consciente de la voluntad que determina la verificación de un hecho típico antijurídico por omisión del -

beber de cuidado que le éra exigible al agente de acuerdo -  
"con sus condiciones personales y las circunstancias en que  
"actuó..... la culpa supone, entonces, un comporta -  
"miento voluntario que se orienta conscientemente hacia una  
"finalidad determinada; solo que esta finalidad - a diferen  
"cia de lo que ocurre con el actuar doloso - o constituye -  
"una meta penalmente indiferente ( como cuando el automovi-  
"lista se dirige a su casa ) o configura un hecho antijurí-  
" dico en cuyo desarrollo emergió la culpa ( el automovilis-  
"ta guía hacia el lugar donde está su enemigo para darle -  
"muerte, pero antes de llegar y por excesiva velocidad a -  
"que conducía atropella a un peatón )..... Pero ese com-  
"portamiento típico y antijurídico no se produjo porque el  
"agente hacia él hubiera dirigido su voluntad, sino porque-  
"omitió el deber de cuidado que le era exigible habida cuen  
ta de sus condiciones personales y de las circunstancias -  
"de modo, tiempo, y lugar en que actuó. Lo que significa -  
"que la esencia de la culpa radica en no comportarse en el-  
"caso concreto como estaba obligado hacerlo. La exigibili-  
"dad del cuidado con que ha de actuar una persona para evi-  
"tar que un hecho antijurídico le sea imputable a título --  
"de culpa, varia de acuerdo con las características per -  
"sonales del agente (joven, adulto; sano, enfermo; sobrio -  
"ebrio; despierto, somnoliento; descansado, fatigado, -  
"etc.) y con las circunstancias en que la conducta se -  
" desarrolló ( de día o de noche; con deficiente o su

"ficiente visibilidad; a largo o corta distancia; con piso-  
"húmedo o seco; en lugar denso o escasamente poblado o de -  
"sierto; en autopista o en vía secundaria, etc.).

"El deber de cuidado es pues, un concepto que ha de referir  
"se a una persona determinada en una situación concreta, -  
"que obra con las razonables precauciones que ha podido y -  
"debido emplear para evitar la producción de un resultado -  
"jurídicamente dañoso. Nótese que de acuerdo a esta defini  
"ción el meollo de la culpa no está en la previsibilidad; -  
"no porque neguemos que muchas veces se incurre en culpa -  
"por no prever un hecho antijurídico previsible o por con -  
"fiar en que no se producirá, sino porque en vez de ser la  
"esencia de la culpa constituye más bien una vía que a ella  
"puede conducir".

- Subrayas, fuera de texto - (ALFONSO REYES ECHANDIA, La -  
culpabilidad, segunda edición, Universidad Externa de Co -  
lombia, pags. 112 y 113.



7. PRUEBA DE QUE EL DOLO PERTENECE AL TIPO PENAL Y NO A LA CULPABILIDAD

Se ha traducido la expresión " Tatbestand " - voz alemana - como tipo penal o supuesto de hecho típico que es el sentido gráfico. El adjetivo típico es, en principio, un agregado sólo necesario para vincular al lector con la terminología del Derecho Penal.

A. El primero que acordó al supuesto típico de hecho un rol independiente en la estructura del delito fué BELING, quien de esta manera le otorgó un lugar frente a la antijuridicidad y a la culpabilidad. Desde el punto de vista dogmático es discutido que el tipo solo capte lo exterior, lo objetivo de la conducta, como hijo del corpus delicti procesal, por cuanto existen elementos subjetivos ( el art. 324, núm. 4 Código Penal, por ejemplo, o sea, el que mata a otro por precio o promesa remuneratoria ). La anterior consideración es de por sí suficiente para quebrar la teoría de que el tipo es solamente objetivo.

B. Sí el tipo capta la conducta solamente en su aspecto ex

terior, un disparo con arma de fuego, a diez centímetros - de la cabeza de una persona, nunca sabremos sí fué una conducta imprudente o imprudente atípica o tentativa de homicidio; o el caso de unas lesiones con armas de fuego, tampoco sabremos sí fué una conducta imprudente o imprudente-atípica o tentativa de homicidio; o el caso de unas lesiones con arma de fuego, tampoco sabremos sí fué un delito - de lesiones personales dolosa o culposa o tentativa de homicidio. Para saber lo uno o lo otro, según la dogmática neoclásica o normativa, es acudir a un juego de sube y baja de la tipicidad a la culpabilidad - dolo o culpa - y viceversa, o sea, de regreso de la culpabilidad a la tipicidad.

Por lo tanto el dolo o culpa constituye el aspecto subjetivo del tipo penal.

C. Si el dolo pertenece a la culpabilidad, necesariamente tendríamos que llegar al engendro lógico de admitir la tentativa de delito culposo. En efecto, cuando un sujeto dispara contra otro sin dar en el blanco, en situación de defensa putativa en que el error es vencible, habría una tentativa de homicidio culposo. Porque sí cualquier error, cuando fuere vencible, da lugar a culpa sí el hecho está previsto legalmente, la admisión de la tentativa culposa es inevitable, y ello es lógicamente incomprensible. Aparte de que nuestro Código Penal no lo admite, dicha solu-



ción es ilógica : en el tipo culposo se sanciona al autor de una conducta que ha producido un resultado distinto del propuesto y en la tentativa se sanciona al autor de una conducta que no ha logrado el resultado propuesto.

D. Sí el dolo pertenece a la culpabilidad, qué hacer entonces cuando el tipo contiene elementos especiales? Si el dolo abarca los elementos jurídicamente relevantes, el dolo debería comprender los especiales elementos subjetivos, esto es, ciertos ánimos, particulares direcciones de la intención. Entonces no habría dolo cuando el tipo contiene esos elementos subjetivos no abarcados por el conocimiento - uno de los elementos del dolo - de esos elementos especiales.

E. El dolo no puede estar en la culpabilidad porque esto es un juicio de reproche, y el dolo es objeto de ese juicio. Si el dolo perteneciera a la culpabilidad, al momento de aplicarse o efectivizarse el juicio de desvalor, el dolo pasaría al objeto del juicio ( al injusto ), produciéndose una confusión entre valoración y objeto.

La ubicación del dolo en el tipo, se elimina esa contradicción y deja a la culpabilidad libre de ese elemento que le es extraño.



8. CONCEPTO DE DELITO.

El delito es una conducta que se adecua a un tipo (típica). El tipo abarca la conducta como se da en la realidad (en sus aspectos tanto objetivos como subjetivos ), fijándola, individualizándola, para someterla luego a una doble valoración o desvaloración, la que es hecha por la ley y no por el juez, que no hace más que traducirla, declararla en el caso concreto. El primer desvalor se establece mediante la comprobación de que la conducta que está en general prohibida ( contraría a las normas ) no se encuentra amparada por ningún dispositivo permisivo ( causales de justificación), con lo cual se concluye que la conducta anti - normativa es también antijurídica ( contrario al orden jurídico considerado en su totalidad ). Afirmado que nos encontramos frente a una conducta típica y antijurídica ( injusto ) debemos someterla a otro juicio de desvalor: por esto se establece que le fué exigible al autor, en esas - circunstancia, otra conducta conforme a derecho. El grado de exigibilidad será el grado de culpabilidad y solo frente a un injusto reprochable ( culpable ) podemos decir que hay delito. De manera que delito es conducta típica, an-

tijuridica y culpable.

El concepto de delito se determina individualizando la conducta a través de un dispositivo legal descriptivo ( el tipo ), una desvalorización que concluye en que la conducta típica también es contraria al orden jurídico ( antijuridicidad ) y otra, en que al autor le era exigible una conducta conforme a derecho, en esas circunstancias y atendiendo a sus características personales ( culpabilidad ):

El concepto de delito se estructura sobre otra sistemática-diferente como ya se vió.

8.1 CONCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD.

La conciencia de la antijuridicidad es el conocimiento de la contradicción efectiva de la conducta con el orden jurídico; no pertenece al dolo sino a la culpabilidad. Para los autores colombianos dolo es conocimiento del aspecto objetivo del tipo, aunque también abarca el de los elementos subjetivos cuando se dan, y de la antijuridicidad. Para ello habría dolo cuando el agente sepa que está matando antijurídicamente a otra persona, en tanto que el dolo típico del Código Penal vigente no abarca el conocimiento de la antijuridicidad ( art. 36 ) de la conducta; la conducta es dolosa ( según teoría finalista ) aunque sea justificada ( el que dispara contra otra persona en

legítima defensa, la conducta estará permitida, pero no por ello dejará de haber conocimiento y voluntad de matar).

El conocimiento del aspecto objetivo del tipo y de la antijuridicidad, según el Código Penal vigente, permanece en dos niveles psicológicos diferentes : el uno al tipo y el otro en la culpabilidad.

El Código Penal colombiano obra con un concepto de dolo avalorado (que no abarca el conocimiento de la antijuridicidad, que permanece en la culpabilidad y, por ende, al reproche del dolo ), que quizá fuera más exacta llamar " dolo no reprochable " o " dolo no culpable ". Por consiguiente, la teoría del dolo es aquella que sostiene que la conciencia de la antijuridicidad pertenece al dolo ( así lo sostienen REYES ECHANDIA, ESTRADA VELEZ entre otros); y teoría de la culpabilidad la que dice que el conocimiento de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad ( así lo propugna la teoría finalista de la acción).

### 8.2 TEORIA DE LA CULPABILIDAD.

El tipo es mixto : objetivo y subjetivo; el dolo es voluntad final típica y conocimiento del tipo objetivo; el dolo está en el tipo subjetivo; el conocimiento de la anti-

juridicidad pertenece a la culpabilidad. La incongruencia entre tipo objetivo y subjetivo genera error de tipo. Por lo tanto, hay dos estructuras típicas : los tipos dolosos y los tipos culposos. Como consecuencia, hay razón práctica para distinguir entre error de tipo y de prohibición.

### 8.3 TEORIA DEL DOLO.

El tipo es objetivo; el dolo es voluntad, conocimiento del tipo y conocimiento de la antijuridicidad; el dolo está en la culpabilidad; el conocimiento de la antijuridicidad pertenece al dolo. Por lo tanto, dolo y culpa son dos formas o grados o dos conceptos distintos - según autor y teoría - de la culpabilidad.

Como consecuencia práctica, no hay razón práctica para distinguir entre error de tipo y de prohibición.

## 9. INCIDENCIAS EN LA CULPABILIDAD

### 9.1 ERROR DE HECHO Y DE DERECHO.

El error de tipo no se identifica con el error de hecho y el de prohibición con el de derecho. En efecto, el error de tipo es error de derecho cuando recae sobre un elemento normativo del tipo penal, por ejemplo, sobre el concepto - jurídico de funcionario público; inversamente, hay errores de prohibición que son errores de hecho, verbi gratia, como la defensa putativa, cuando el que cree defenderse ha apreciado erróneamente la conducta de otro, tomándola por agresiva mata al amigo que le juega una broma.

### 9.2 LA TEORIA SICOLOGICA DE LA CULPABILIDAD.

Concibe a esta, o sea el aspecto subjetivo del delito, como una relación psicológica entre el sujeto y su acto. La imposibilidad que tuvo esta teoría para explicar la culpa inconsciente, y especialmente los delitos de olvido ( el individuo que sale de su casa olvidando abierta la llave del gas y se produce un incendio ), en que no pudo conce -

birse ninguna relación sicológica, determinó que fuera reemplazada por la teoría normativa de la culpabilidad, que tiene como común la afirmación de que la culpabilidad es reproche personal que de un injusto se lo hace a su autor ( culpabilidad es resprochabilidad ).

9.3 LA TEORIA SICONORMATIVA DE LA CULPABILIDAD.

Acepta que la culpabilidad es reprochabilidad, pero siguen sosteniendo que el dolo está en la culpabilidad, o sea que el dolo forma parte del reproche mismo, y la conciencia de la antijuridicidad como elemento del dolo y por ello ubicado también en el ámbito de la culpabilidad.

9.4 LA TEORIA NORMATIVA PURA DE LA CULPABILIDAD.

Ubica el dolo en el tipo, deja reducida la culpabilidad a su categoría de reproche y pasa, de este modo, el dolo al objeto del reproche ( al injusto ). El conocimiento de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad y no al dolo. La imputabilidad es elemento de la culpabilidad y no presupuesto de la misma. Y como esencia de la culpabilidad la exigibilidad de otra conducta conforme a derecho.

9.5 CULPABILIDAD ES REPROCHABILIDAD.

En este sentido la realización antijurídica del tipo es reprochable cuando el agente pudiendo obrar de otra manera lo ha hecho en forma típica y antijurídica, es decir, él que tuvo capacidad para obrar de acuerdo a derecho . (KAUFMANN).

La capacidad de obrar de acuerdo a derecho, a su vez, depende de los presupuestos que la condicionan : a) capacidad de comprender la antijuridicidad del hecho y capacidad de dirigir las acciones de acuerdo con esta comprensión; b) Posibilidad de conocer la antijuridicidad del hecho; c) La exigibilidad de otra conducta conforme a derecho.

Culpabilidad es, por lo tanto, el reproche que se basa en que el sujeto pudo hacer otra cosa, pudo actuar de modo no antijurídico, en el "hecho en lugar de....", en tanto para la teoría sicológica la culpabilidad es relación sicológica entre conducta y resultado, y por lo tanto, el dolo es la esencia de la culpabilidad, y a él pertenece la conciencia de la antijuridicidad y la imputabilidad su presupuesto.

Para la teoría siconormativa la culpabilidad es reprochabilidad personal de un injusto a su actor; dolo pertenece al reproche; al dolo pertenece la conciencia de la antijuridicidad, y la imputabilidad, para unos es presupuesto y para otros elemento de la culpabilidad.



10. CONSECUENCIA PRACTICAS DE LA TEORIA DE LA CULPABILIDAD EN LA TEORIA DEL ERROR.

Como la posibilidad del conocimiento de la antijuridicidad no pertenece al dolo, para la teoria de la culpabilidad, - el error que recae sobre la antijuridicidad de la conducta no afecta la tipicidad dolosa de la misma. Este error de llamar error de prohibición ( el sujeto cree que su enemigo lo ataca y se defiende del ataque inexistente, cree que realiza una conducta típica permitida). Este error - al - igual que el de tipo - puede ser vencible o invencible. Sí es vencible no elimina la culpabilidad, sino que la reduce: el juez aplicará el mínimo de pena, pero el delito seguirá siendo doloso, porque el error de prohibición no - elimina el dolo ( ya que el error de prohibición se plantea en la culpabilidad y el dolo ya ha sido afirmado en la tipicidad ), Sí, en cambio, es invencible, tampoco eliminará la tipicidad dolosa de la conducta, sino que eliminará la culpabilidad de la misma; será pues, un dolo típico no reprochable.

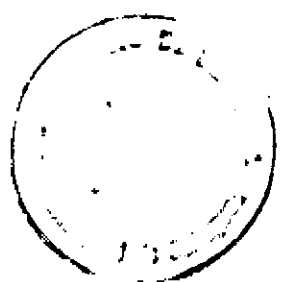
10.1 EL ERROR PARA LA TEORIA DE LA CULPABILIDAD PUEDE SER.

A.- De tipo : recae sobre el conocimiento del aspecto objetivo de tipo; es, por tanto, un problema de tipicidad; elimina siempre el dolo; sí es invencible deja atípica la conducta; si es vencible, resta una conducta culposa (siempre que haya tipo culposos ).

B.- De prohibición : recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad; es por tanto, un problema de culpabilidad; nunca elimina el dolo; sí es invencible, la conducta típica y antijurídica será inculpable; si es vencible reduce el reproche.

10.2 EL ERROR PARA LA TEORIA DEL DOLO.

Siempre elimina el dolo; si es invencible elimina también la culpabilidad; si es vencible hace culposa la conducta; no importa si recae sobre el conocimiento del tipo o sobre la antijuridicidad; es siempre un problema de culpabilidad.



11. LA ESTRUCTURA DEL DELITO EN EL CODIGO PENAL COLOMBIANO Y TEORIA DEL ERROR.

Reza el artículo 35 del Código Penal que " Nadie puede ser ponado por un hecho punible, si no se ha realizado con dolo, culpa o preterintención ".

Así mismo, el artículo 36 ejusdem, dice que " La conducta " es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y " quiere su realización, lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible ".

Veremos a continaución que el dolo, culpa o preterintención no está en la culpabilidad sino en el tipo penal.

11.1 LA EXPRESION HECHO PUNIBLE QUE UTILIZA EL ART.36 DEL CODIGO PENAL NO EQUIVALE A DELITO.

En efecto "hecho punible", usado por el art. 36, equivale a tipicidad objetiva, esto es a la parte objetivo del tipo penal con todos sus notas típicas, vale decir, sujeto, cualificado o simple; el vinculo causal, cuando existe y los elementos descriptivos, valorativos y normativos del

tipo.

Si " hecho punible " se entendiese como delito (conducta típica, antijurídica y culpable), llegaríamos a conclusiones incongruentes, y entonces tendríamos que el cómplice de un autor inimputable o inculpable sería impune, porque al faltar la imputabilidad en el primer caso, o la culpabilidad en el segundo, no habría delito y, por consiguiente, el cómplice tampoco cometería delito alguno.

Por otra parte, la expresión-hecho punible que utiliza el art. 33 tampoco puede ser entendida como delito, puesto que los inimputables no cometen delito y sería dislocar la sistemática dogmática del Código Penal, entender que " hecho punible " equivale a delito, porque entonces la inimputabilidad sería una excusa absolutoria y la imputabilidad un presupuesto de la pena, todo lo cual es absolutamente extraño a nuestro ordenamiento jurídicopenal.

Por lo tanto, " hecho punible " - como anteriormente había explicado - no equivale siempre a delito en el Código Penal Colombiano. " Hecho punible " es una voz que el Código utiliza con diferentes alcances.

## 11.2 FORMAS DE TIPICIDAD.

Es cierto que el artículo 35 del Código Penal aparece si-

tuado en el capítulo séptimo, titulado " De la culpabilidad ",pero no es menos cierto que ese artículo habla de " hecho punible " cuyo alcance ya precisamos -, por lo que hay que entender que allí se dice de " forma " del hecho - punible, esto es, que el hecho punible - como conducta típica -puede ser doloso,culposo o preterintencional, no que esas figuras sean formas de culpabilidad. Además, al examinar los conceptos de dolo, culpa o preterontención, encontramos que se habla de "conducta", con lo cual lo doloso, culposo o preterintencional es la conducta.

Los nombres que el legislador le da a los capítulos y a los artículos no pasan de ser simplemente ordenadores sin valor normativo vinculante para el juez, porque hay que partir del texto legal y también porque la estructura ontológica de la conducta lógica-objetiva - no puede ser alterada con una simple definición.

11.2.1 Del Dolo.

Hay que partir del texto legal en cuanto tenga función normativa. El artículo 36 ya transcrito concreta es un dolo - sin la consciencia de la antijuridicidad - elemento de la culpabilidad y no del dolo como sostienen REYES, ESTRADA y CARRASQUILLA.- Basta con leer la letra del artículo citado que a ojos vistas no habla de consciencia de la antijuridicidad.

El dolo está en el aspecto subjetivo del tipo penal. ,  
efecto, de no ser así quedaría uno sin entender por qué mo-  
tivo, ya en el plano de la antijuridicidad, se exige la va-  
loración a nivel de " intención " o de " imprudencia, para  
efectos de reconocimiento del estado de necesidad como cau-  
sal de justificación ( numeral 5° del artículo 29); si dolo  
o culpa fueran formas de culpabilidad, lo lógico sería -  
avanzar hasta la culpabilidad para luego regresar a la an-  
tijuridicidad.

Así mismo, la regulación de la tentativa - antes de la cul-  
pabilidad, de la inimputabilidad y de las causales de jus-  
tificación -, con una redacción compuesta de elementos ob-  
jetivos y subjetivos, nos hace pensar que el dolo está en  
el tipo penal y no en la culpabilidad.

Si el dolo o la culpa fueran formas de culpabilidad y no -  
de tipicidad, tendríamos que aceptar la siguiente contra -  
dicción sistemática : el artículo 5 del Código Penal dice  
que para que un hecho sea punible debe realizarse con cul-  
pabilidad; pero el artículo 58 sostiene que el hecho puni-  
ble debe realizarse con culpabilidad.- Quiere decir lo an-  
terior que el hecho es punible aún cuando no está asociado  
a la culpabilidad. Si no hay culpabilidad el hecho puni -  
ble continúa siendo punible, y por lo tanto impúne, y ello  
sería descabellado.

La anterior contradicción aparece si afirmamos que el dolo o culpa pertenece a la culpabilidad y no al tipo penal.

El artículo 35, al concebir como " formas " del hecho punible las conductas dolosas, culposas y preterintencionales, permite hablar de hecho punible doloso de comisión, hecho-punible culposo de comisión y hecho punible de omisión ( culposo o doloso), todo armonizando los artículos 2, 19 y 35 del Código Penal colombiano.

#### 11.2.2 Consciencia de la antijuridicidad.

No hace parte del dolo.- El art. 36 determina un dolo natural, o sea avalorado.- Si el dolo, en determinados tipos-objetivos, debe abarcar elementos normativos, ello no quiere decir que la consciencia de la antijuridicidad haga parte del dolo. -Por ejemplo, si el agente no sabe que la cosa que sustrae es ajena ( elemento normativo ), o sea de su carácter jurídico, no puede apoderarse se esa cosa, y por lo tanto, no comete delito de hurto.

Consiste la consciencia de la antijuridicidad de la conducta que el agente sabe que con su acto lesiona o pone en peligro sin facultad legítima el bien jurídico penalmente tutelado, y por consiguiente, de que va a hacer algo no permitido.

La consciencia de la antijuridicidad - su contenido no debe entenderse con la perfección técnica de un jurista - - hace parte, por consiguiente, de la culpabilidad y no del doli, y ello tiene una incidencia en el terreno del error como más adelante veremos.



11.3 CONCEPTO DE TIPO PENAL.

Es bueno aclarar que la palabra " intención " tiene, en nuestro ordenamiento juridicopenal dos acepciones: dolo directo, y a veces, ultra-finalidades que se dan en el tipo penal.

El dolo pues debe ubicarse en la tipicidad subjetiva dolosa. -Este planteo surge, además de los ya dichos, del inciso 4º del art. 40, que consagra el error de tipo con valor eximente en concordancia con el art. 36 del Código Penal.

La expresión " no es culpable " utilizada por el artículo 40 del Código Penal, no descarta el error de tipo invencible como causal de atipicidad, porque el que actúa con error de tipo no es culpable, dado que el error de tipo también elimina la culpabilidad, porque al eliminar la tipicidad objetiva y con ello el injusto penal ( acción típica y antijurídica ), deja sin presupuesto a la culpabilidad.



Por eso la disposición final del artículo 40 lo es aplicable al error de tipo y no de prohibición indirecto (numeral 3° ibídem), porque tanto el dolo como la culpa están en el tipo. De ahí que el error vencible de tipo produce tipicidad culposa cuando ésta está prevista legalmente.

11.4 DE LA CULPABILIDAD.

Culpabilidad es reprochabilidad. La realización antijurídica del tipo es reprochable cuando el agente pudiendo obrar obrar de otra manera lo ha hecho en forma típica y antijurídica, esto es el que tuvo capacidad de obrar de acuerdo a derecho.

La capacidad de obrar de acuerdo a derecho, a su vez, depende : 1°- de la capacidad de culpabilidad ( imputabilidad), que es la capacidad de comprender la antijuricidad del hecho y capacidad de dirigir las acciones de acuerdo con esta comprensión (art. 31 Código Penal);

2°- Del conocimiento potencial de la antijuridicidad de la conducta, que surge del numeral 3° del artículo 40 del Código Penal, el cual consagra una forma de error de prohibición indirecto que recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad. Este error, lo regula nuestro Código Penal como error sobre causal de justificación;

39- De la no exigibilidad de otra conducta conforme a derecho que surge por la vía del numeral 2° del artículo 40 del Código Penal que regula la insuperable coacción ajena.

El legislador colombiano ha consagrado en toda su amplitud el principio de culpabilidad, no sólo en el artículo 5° en que excluye toda responsabilidad objetiva o por el resultado, sino en el artículo 61, en que uno de los criterios para graduar la pena es el grado de culpabilidad.

Significa lo anterior que nuestro estatuto ha consagrado la culpabilidad del acto p por el hecho, por exclusión de la culpabilidad por el modo de ser, del carácter o, en general, por el autor.

Con la amplia acogida del principio de culpabilidad en que excluye la responsabilidad por el resultado, aún para los ininputables que no obran culpablemente, sin perjuicio de que se les reconozca las causales de no existencia de la acción, atipicidad, justificación e inculpabilidad.

#### 11.5 DIFERENCIA ENTRE ERROR DEL TIPO Y EL DE PROHIBICIÓN.

Conciencia de la antijuridicidad significa que el agente sabe que lo que hace no está permitido, sino prohibido por la-

ley. Por lo tanto, ese conocimiento potencial de lo injusto no se refiere a las circunstancias de hecho que pertenece al tipo penal, ni cuando estas se concreten en elementos normativos, como sucede con el delito de hurto con respecto a la calidad jurídica de la cosa sustraída (ajena). La creencia errónea de que falta una de estas circunstancias, produce un error de tipo, regular en el numeral 4° del art. 40 del Código Penal. También aquí el autor toma por lícita su conducta, pero por no saber lo que hace, su voluntad no va dirigida a la realización del tipo penal, y como falta el dolo con respecto al hecho, no puede ser penado por hecho doloso. Si el error es generado por culpa, puede ser sancionado cuando existe el correspondiente tipo culposo ( inciso final del numeral 4° del citado artículo.).

Por otro lado, encontramos el error sobre la antijuridicidad o de prohibición, que se refiere a la acción prohibida por la norma penal; aquí el autor sabe lo que hace, pero equivocadamente cree que está permitido. (numeral 3° art. 40 ejusdem).

La conciencia potencial de la antijuridicidad no se refiere a las circunstancias de hecho que pertenecen al tipo legal, es decir, a los elementos del tipo (objetivos, normativos o culturales).

Por consiguiente, no se puede asimilar el error de prohibición al error de tipo - así lo hacen los más destacados juristas, tales como REYES, ESTRADA, PEREZ y ARENAS -, pues ello supondría, afirmar que la falta de conciencia de la antijuridicidad descarta la tipicidad; además, en el error de prohibición el autor sabe lo que hace, pero erróneamente cree que es lícito.

11.6 ERROR DIRECTO DE PROHIBICIÓN.

Consiste en que el agente no pudo comprender la antijuridicidad de su conducta porque no pudo conocer la prohibición. Trátase del desconocimiento misma de la norma prohibitiva. Por ejemplo el caso de quien está convencido que abandonar a su hijo frente a un orfanato no es delito ( art. 346 Código Penal).

Es cierto que el artículo 10 del Código Penal dice que " La ignorancia de la ley penal no sirve de excusa.....". no es menos cierto que cuando esa ignorancia sea invencible " sí excusa, es decir, que la ignorancia " invencible " de la prohibición es jurídicamente relevante. En otras palabras, que cuando esa ignorancia sea "vencible " no excusa.

Además, resulta contraria al artículo 5º del Código Penal-

( que prescribe toda responsabilidad objetiva ) condenar a quien ha actuado con ignorancia invencible de la ley penal.

No existe fundamento racional alguno para relevar de responsabilidad a quien ha actuado en error invencible de prohibición indirecto ( el sujeto cree erróneamente que está amparado por una causal de justificación no reconocida legalmente) previsto en el num. 3º del art. 40, en tanto sancionar penalmente a quien ha actuado con ignorancia invencible de la ley penal, ignorando la existencia de la prohibición. En efecto, es lo mismo que se ignore invenciblemente la prohibición (cree el agente que el abandono del niño frente al orfanato no es delito ) a que se crea que ese abandono en las circunstancias dadas constituyen una causal de justificación aunque legalmente no esté reconocida. En ambos supuestos se genera una no responsabilidad penal por ausencia de culpabilidad.

Es cierto que el error directo de prohibición invencible no está expresamente regulado en el art. 40 del Código Penal; pero acudiendo a la interpretación teológica y sistemática, él surge de los artículos 5º y 31 en armonía con el num. 3º del art. 40 ibídem, en virtud de los cuales, el conocimiento potencial de la antijuridicidad es elemento de la culpabilidad y no del dolo.

Entonces, aunque el error de prohibición directo e invencible no aparezca abarcado por el texto mismo del núm. 3º del art. 40 del Código Penal, implícitamente sí lo está, en virtud de la integración analógica. Por eso es pertinente las palabras del profesor REYES al decir : " La segunda analogía in bonam partem - aparece " cuando su finalidad "es la de favorecer al delincuente, ya sea aplicando al caso no previsto legalmente una causa de exención del delito o de la pena, ora una circunstancia de menor punibilidad " .

Más adelante puntualiza : " Creemos que entre nosotros nada se opone a la aplicación de esta especie de analogía; "en efecto ella no lesiona la máxima NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE, sino que implica la aceptación del principio de favorabilidad para el inculcado ( favor rei ); por lo demás, nuestro propio legislador autoriza el procedimiento analógico benigno, tal como se desprende del contexto del art. 40 del Código Penal ( art.65 del nuevo Código)" (REYES ECHANDIA, ALFONSO, " Derecho Penal, parte general, - septima edición 1.980, pág. 98).

El error directo de prohibición puede ser:

- a.- El autor desconoce la norma;
- b.- Conoce la norma, pero la considera no vigente;
- c.- Conoce la norma, pero la considera no aplicable por



errada interpretación de la misma.

El error directo de prohibición cuando es invencible es causal de no culpabilidad, puesto que descarta el conocimiento potencial de la antijuridicidad que es elemento de la culpabilidad ( arts. 5, 31-y num. 3º del artículo 40 del Código Penal ).

Cuando ese error es vencible no se sanciona como delito culposo, sino que sigue siendo doloso, pero se aplica la pena atenuada del artículo 60 del Código Penal que es la más favorable al autor por implicar una mayor diminuyente (favor rei).

11.7 ERROR INDIRECTO DE PROHIBICION.

Está expresamente previsto en el numeral 3º del art. 40 del Código Penal y abarca las siguientes hipótesis :

a.- Error sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación legalmente reconocida. Trátase del supuesto de la denominada justificación putativa o eximente putativa; por ejemplo, el autor cree que dos bienes jurídicos colisionan necesariamente cuando en realidad tal colisión puede superarse sin necesidad de sacrificar uno de los los bienes jurídicos; o bien el autor se cree atacado

ilegítimamente por otro que sólo pretende hacerle una broma.

b.- Error sobre la existencia de una causa de justificación legalmente inexistente. Es la falsa suposición de que la ley admite una causa de justificación que jurídicamente no existe. El autor supone que el ordenamiento jurídico contiene una permisión determinada que en realidad no contiene, por ejemplo, cree que las leyes autorizan a corregir con castigo corporales a niños impertinentes ajenos.

c.- Error sobre los límites de la necesidad. El autor cree subjetivamente que su acción era necesaria para la defensa de un interés jurídicamente tutelado, cuando objetivamente no lo era. Ejemplo, el autor cree que es necesario matar a su agresor para repeler la agresión, pero objetivamente éra suficiente con la lesión del agresor.

El error sobre la necesidad (evitable) es el único error sobre la antijuridicidad que tiene una expresa regulación en el Código Penal colombiano en el artículo 30. Cuando ese error sobre los límites de la necesidad es invencible, excluye la culpabilidad por imperio del principio de culpabilidad ( art. 5° Código Penal ).

El exceso es en sí antijurídico, en tanto traspasa el límite de la necesidad, pero sin embargo, la pena que se establece



en el Código Penal para estos casos es atenuada.

Que fundamentos tiene la atenuación que dispone el Código?

El fundamento no puede ser la culpa, porque el que excede hace lo que quiere hacer, prescindiendo del exceso mismo. Quiere lesionar y lesiona. Quiere matar y mata. No puede, por ende, ser culposo el exceso porque en la culpa el autor no quiere el resultado muerte o lesión. Síguese que el hecho que constituye el exceso desde el punto de vista de la dirección de la voluntad del autor pertenece a los hechos en que se quiere el resultado y no a aquellos en que no se quiere. En otras palabras, se trata de un hecho que pertenece a la familia de los hechos dolosos.

Por lo tanto, la atenuación punitiva nunca podrá determinarse como culposo del hecho, ya que para ello es esencial que el autor no haya querido el resultado.

A nuestro juicio, en cambio, lo único que puede determinar la atenuación es la no conciencia del exceso sobre los límites de la necesidad, esto es, la falta de conciencia de la antijuridicidad ( cuando es invencible es inculpable, y cuando es vencible, se atenúa la pena).

Ahora cabe preguntarse : qué especie de error sobre la

antijuridicidad ( necesidad ) contiene el art. 30, Código Penal?. Es preciso aclarar que la pregunta surge en la medida en que es preciso saber en qué se apoya el mantenimiento de la punibilidad a pesar del error sobre la prohibición.

El mantenimiento de la punibilidad solo tiene un fundamento : la norma se refiere a errores evitables. Y por eso debe concluirse que el art. 30, Código Penal, es una norma que se refiere a errores evitables. Y por eso debe concluirse que el art. 30 es una norma que se refiere a errores evitables sobre la antijuridicidad.

Lo anterior viene a confirmar lo que se ha venido sosteniendo: que el dolo está en el tipo legal, y la conciencia de la antijuridicidad no es elemento del dolo sino de la culpabilidad y ello produce consecuencias prácticas en el ámbito del error, y por ende, el error vencible de prohibición indirecto da lugar a disminución de la pena, pero la infracción sigue siendo dolosa.

11.8 ERROR DE TIPO.

El dolo se compone de dos elementos : el conocimiento de los elementos del tipo y la voluntad de realización del tipo (art. 36, Código Penal).

Hay conocimiento cuando el autor ha actuado sin error o -  
ignorancia sobre algunos de esos elementos y por consi -  
guiente también la voluntad de realizar el tipo. Síguese  
que el error es una causa que excluye el dolo y, dado que  
ese error solamente puede recaer sobre los elementos del  
tipo objetivo, se llama error de tipo.

El error sobre los elementos del tipo objetivo es, pues, el  
error que excluye el dolo.

El error de tipo cuando es invencible excluye el dolo y -  
por lo tanto la responsabilidad penal ( num. 4º, art.40, Cód-  
igo Penal), en tanto cuando el error es vencible, da lu -  
gar a sanción por delito culposo sí el tipo legal está ex  
presamente previsto como tal en la parte especial del Cód-  
igo ( inciso final del numeral 4º del art. 40 ).

11.9 CONSECUENCIAS PRACTICAS EN LA TEORIA DEL ERROR.

Para que una teoria jurídica tenga importancia debe produ-  
cir consecuencias prácticas, pues de lo contrario no pasa-  
ría de ser simples juegos de palabras.

Pues bien, como la posibilidad del conocimiento de la anti  
juridicidad no pertenece al dolo, el error que recae sobre  
la antijuridicidad de la conducta no afecta la tipicidad

dolosa de la misma. Este error se llama error de prohibición, que puede ser, al igual que el error de tipo, vencible o invencible. Si el error de prohibición es vencible no elimina la culpabilidad, sino que la reduce : el juez aplicará el mínimo de pena (arts. 61, y 60 Código Penal) pero el delito seguirá siendo doloso, porque el error de prohibición se plantea en la culpabilidad y el dolo ya ha sido afirmado en la tipicidad. Si ese error es invencible, tampoco eliminará la tipicidad dolosa de la conducta, sino que eliminará la culpabilidad de la misma; el dolo típico será, por mediar el error vencible, un dolo típico no reprochable, esto es, elimina la culpabilidad y por ende no se estructura delito alguno.

Si los fundamentos y consecuencias de la distinción error tipo prohibición no son distintos (numerales 3 y 4 del art. 40, Código Penal), entonces le hubiera bastado al legislador colombiano hablar solamente de un solo " error " que cuando es invencible descarta la culpabilidad dolosa o culposa y cuando es vencible se sanciona como delito culposo sí existe el correspondiente tipo en la parte especial del Código. Ello no pasaría de ser un disparate legislativo imposible de atribuírselo al legislador colombiano.

De manera que el error de tipo recae sobre la tipicidad, al paso que el error de prohibición lo hace sobre la culpabi-

lidad, más concretamente sobre el conocimiento de la anti-  
 juridicidad. De lo contrario se confunde una y otra con-  
 cepción del error en detrimento de una sistemática cohe-  
 rente producto del principio constitucional, según el cual,  
 todos los actos legislativos o de gobierno deben ser racio-  
 nales, o sea que no deben ser productos del capricho. No  
 es posible entonces aceptar que el Código Penal colombia-  
 no rechaza la dogmática finalista (WELZEN) colocando la -  
 conciencia de la antijuridicidad como elemento del dolo y  
 no de la culpabilidad, de ahí que los partidarios de la -  
 dogmática ( teoría del dolo ) lleguen a la conclusión de  
 que el error de tipo y de prohibición tienen un mismo fun-  
 damento y unas mismas consecuencias.



CONCLUSION

La nueva teoria del tipo no se ha impuesto aún como una totalidad. En especial se rechaza la separación dolo, culpa o preterintención y culpabilidad ya aceptada por un amplio sector de la doctrina y por nuestro Código Penal como ya lo he demostrado, aunque la jurisprudencia nacional no lo haya querido reconocer.

Lo cierto es que la acción de la voluntad debe concebirse de modo finalista. La acción no se agota en la realización de un cambio en el mundo exterior, sino que es la realización de una voluntad, y de que ella, como tal, tiene un aspecto objetivo y otro subjetivo y que los dos aspectos tienen un significado para la antijuridicidad. De ahí que el tipo penal sea objetivo y subjetivo.

El reproche de culpabilidad solo lo formulamos cuando el autor puede hacer algo en contra, y que éste ha cometido acción punible cuando el hecho éra evitable para él y no un destino ineludible. Le era evitable si tenía libertad de escoger entre lo justo o injusto. Esta libertad de

elección la tiene el hombre normal en condiciones normales. Puede ser excluida o disminuida a consecuencia de circunstancias externas o internas, esto es, a causa de falta de madurez, de enfermedad síquica, de perturbaciones de la conciencia, de pasiones, del instinto de conservación, de necesidad, de coacción o de error. Esta última causa, o sea, el error tiene distintos fundamentos y repercusiones prácticas, según se trata el error, ya de tipo, o bien de prohibición, como que el uno, cuando es invencible descarta la tipicidad por ausencia de dolo, y el otro, cuando es invencible, descarta la conciencia de la antijuridicidad y por lo tanto la culpabilidad, puesto que el dolo está en el tipo y no en la culpabilidad, al paso que la conciencia de la antijuridicidad no hace parte del dolo sino de la culpabilidad. Las repercusiones prácticas de uno y otro, vienen demostradas ampliamente en el presente trabajo, que no aspira a plantear y resolver todos los problemas juridicopenales que ha inquietado y siguen inquietando a los estudiosos del derecho penal.

El concepto final de acción hace posible la construcción de un sistema juridicopenal claro, sencillo y con valor didáctico. La teoría del delito basada en este sistema permite resolver dogmáticamente clara y objetivamente las controversias hasta ahora no dirimidas por la dogmática neoclásica. Solo con esto se muestra la superioridad frente al sistema

jurídico tradicional que sus seguidores han querido mantener en vida mediante el procedimiento del maquillaje.

La ley penal responde a preguntas que el legislador no se había planteado. De ahí que el paso del tiempo, el Código Penal consigue más y más una vida propia y se aleja del pensamiento de sus autores, en cuanto las relaciones de vida, en las cuales la ley penal interviene, son cambiantes y con diversos matices no tenidos en cuenta al momento de legislar.

De manera que hay que partir del texto mismo de la ley penal, y mediante las respectivas interpretaciones adecuarlo a las situaciones actuales, surgidas por la complejidad de la vida moderna que nunca marcha paralela con la ley penal; de ahí que ésta tenga que ser, con no poca frecuencia, modificada para adaptarla a la vida real.



BIBLIOGRAFIA

AGUDELO B., Nódier Nuevo Foro Penal, # 1.

AFTALION, Enrique. La Escuela Penal técnico-jurídica y otros estudios penales, Buenos Aires, Editorial Astrea.

BELING, Ernst, Esquema de Derecho Penal y doctrina del delito tipo, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1.944.

BETTIOL, Giuseppe, Derecho Penal, parte general, Editorial Temis, 1.975.

BAUMAN, Jurgen, Derecho Penal, conceptos fundamentales y sistemas, Editorial Depalma. 1.973.

COROMINAS, Joan, Diccionario crítico etimológico de la Lengua Castellano, Madrid, 1.976.

COUSINO, Mac. Iver. Derecho Penal chileno, tomo II, Editorial Jurídica de Chile. 1.975.

CARRARA, Francesco, Programa de Derecho Criminal, parte general, volúmen I, reimpresión, Editorial Temis, 1.978.

Diccionario de la Lengua Española, Segunda Edición. Editorial América S.A.

ESTRADA VELEZ, Federico, Derecho Penal, parte general, Ediciones Librería del Profesional, 1.981.

FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal fundamental, Bogotá. Editorial Temis, 1.982.

JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, parte general, volúmen I, Bosch, Casa Editorial S.A.

LONDOÑO BERRIO. Hernando. El Error en la moderna teoría del delito, Bogotá. Editorial Tamis, 1.982.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoría General del Delito. Temis, 1.984.

MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal, Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, segunda Edición.

PEREZ, Luis Carlos. Tratado de Derecho Penal. Bogotá. Editorial Temis. 1.967.

PEREZ, Luis Carlos. Derecho Penal. Tomo I. parte general y especial. 1.981.

PIÑA, Rafael Diccionario de Derecho. Editorial Porrea-México. 1.965,

REYES ECHANDIA Alfonso. "La antijuridicidad. Universidad Externado de Colombia. 3a. Edición. 1.982.

REYES ECHANDIA, Alfonso. "La culpabilidad, Universidad Externado de Colombia. 2a. Edición. 1.981.

REYES ECHANDIA. Alfonso. Derecho Penal parte general, Universidad Externado de Colombia. 7a. Edición. 1.980.

RANIERE, Silvio Manuel de Derecho Penal, Editorial Temis, - Tomo I. 1.982.

RUIZ, Servio Tulio, Teoría del hecho punible, Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. 1.980.

VELASQUEZ V., Fernando. Nuevo Foro Penal, # 24.

VICENTE ARENAS. Antonio. Comentarios al nuevo Código Penal, Tomo I. parte general, Editorial Temis. 1.981.

VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal, editorial Madrid. T. 11, 1,925.

WELZEL, Hanz. Derecho Penal Alemán. Editorial Jurídica de Chile, 1.976.

ZAFFARONI. Eugenio Raúl. Teoría del Delito. Tomo III. Editorial Ediar. 1.981.

ZAFFARONI. Eugenio Raúl. Teoría del Delito. Tomo IV. Editorial Ediar. 1.982.

