

## UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

- REPUBLICA DE COLOMBIA

RECTOR :

Dr. PEDRO PACHECO OSORIO

SECRETARIO GRAL. :

Dr. ALVARO BARRIOS ANGULO

## FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

DECANO :

Dr. EDUARDO HERNANDEZ MALO

SECRETARIO:

Dr. JULIO VARELA ESCUDERO

PRESIDENTE HONORARIO:

Dr. JULIO SALGADO VASQUEZ

PRESIDENTE DE TESIS:

Dr. GUILLERMO GOMEZ LEON

EXAMINADORES :

Dr. ALFREDO BETTIN VERGARA

Dr. ANIBAL PEREZ CHAIN

Dr. Victor Leon Meulorza

CARTAGENA - FEBRERO DE - 1 9 7 3 -

T  
343.2  
S164

S CIB 2

TESIS PARA OPTAR EL TITULO DE  
DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

PRESENTADA POR :

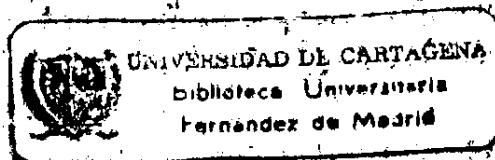
"ALVARO SALGADO GONZALEZ"

II

TITULADA :

"MONOGRAFIA DEL DELITO"

45542



S CIB  
00019052

REGLAMENTO :

LA FACULTAD NO APRUEBA NI DESAPRUEBA  
LOS CONCEPTOS EMITIDOS EN ESTA TESIS,  
TALES CONCEPTOS SE ESTIMAN PROPIOS  
DEL AUTOR\* (Art. 83 DEL REGLAMENTO)

F. de D.

---

DEDICATORIA:

A MIS PADRES : PEDRO SALGADO FLOREZ, y

GILMA GONZALEZ DE SALGADO

A MI ESPOSA : ROSSANA SANCHEZ DE SALGADO.

A MI HIJA : ROSSANA SALGADO SANCHEZ

A MIS SUEGROS : HUGO SANCHEZ VERBEL,

ORFELINA SANJUAN DE SANCHEZ.

---

## I N D I C E

	Pag.
<b>CAPITULO PRIMERO</b>	
La Definición del Delito.....	1 - 4
<b>CAPITULO SEGUNDO</b>	
Clasificación de las Definiciones de Delito .....	4 - 26
Definiciones Naturalistas y Socioológicas	
Criticas a las Definiciones Naturalista y Socioológicas	
Definiciones Filosóficas de Delito	
<b>CAPITULO TERCERO</b>	
La Estructura del Delito	27 - 28
<b>CAPITULO CUARTO</b>	
La Acción como Elemento del Delito	29 - 44
<b>CAPITULO QUINTO</b>	
La Tipicidad como Elemento del Delito	45 - 73
<b>CAPITULO SEXTO</b>	
La Antijuricidad como Elemento del Delito	74 - 77
<b>CAPITULO SEPTIMO</b>	
Conclusiones	78 - 80

## CAPITULO I -

### "LA DEFINICION DEL DELITO"

Una de las cuestiones más debatidas en el campo de la doctrina penal, ha sido la de la definición de delito, ya que tratándose de una entidad cultural, ella será consecuencia exclusiva del credo filosófico que se profese. Més aún, su noción dependerá de la faceta desde la cual se lo considere, así si lo miramos desde el punto de vista del Derecho positivo, tendremos una concepción jurídica; y si desde otros tópicos, llegaremos a nociones sociológicas o filosóficas del mismo.

Antonio Quintana Ripollés, sintetiza así el problema de la definición del delito: "En estos materiales de conceptos y definiciones hay que tener muy en cuenta lo balde de una pretensión de totalidad universal, ya que tratándose de entidades culturales y no de matemáticas, es imposible prescindir de la perspectiva y aún del punto de vista doctrinal en que el definidor se sitúa..... Por eso es preferible siempre el empleo del plural y la alusión a los ámbitos en que el problema conceptual se quiere plantear".

La rebelión de la individualidad humana contra el Derecho, en virtud de la cual debe aparecer la acción reparadora de la justicia penal, debe ser designada con un nombre que fije sus caracteres generales.

En el antiguo Derecho Romano, el acto delictivo, tanto en el lenguaje común, como en el jurídico, se designó con la palabra NOXA, que evolucionó hasta la forma MAXIA y que significaba DANO, pero este término expresaba más que el hecho de la infracción, los efectos derivados de ella en orden a la indemnización de perjuicios. Por eso posteriormente aparecen otras expresiones referidas al hecho punible en sí mismo y no a sus consecuencias... Se adoptaron los siguientes términos : SOLUS - FRAUD - MALEFICUM - FLAGITIUM - FACINUS - SPECATUM - PROBEM - DELICTUM - CRIMEN.

Prevalecieron los dos últimos, DELICTO o DELICTUM (supino del verbo delinque, delinquere que significa desviarse, resbalar, abandonar, abandono de una ley, cometer una falta); y Crimen (del griego Corno - Iudic en latín, del Sánscrito Karma = acción buena o mala, y que viene a designar los delitos más graves).

El delicto durante toda la época clásica en que

se mantuvo la antítesis entre pena pública y pena privada, significó el acto ilícito castigado por el *Ius publicum*, con pena pública. En el período post-clásico o Justiniano, desaparece la oposición cuando el "derecho penal público" absorbe al "derecho penal privado" y la pena pública a la privada. Las palabras "*Crimen*" y "*Delictum*" significaron en la Edad Media, la primera delito grave, y la segunda, delito leve, pero a menudo se emplearon indistintamente para indicar la transgresión de la norma que acarrea una pena. Este uso indiferenciado se ha hecho los Códigos Modernos, a partir del francés de 1810.

En la Legislación colombiana se emplean las voces **INFRACCION**, **DELITO** y **CONTRAVENCION** (Art. 2º. del C.P.).

Nuestro estatuto adopta la división bipartita (delito y contravención).

---

## C A P I T U L O III -

### "CLASIFICACION DE LAS DEFINICIONES DE DELITO"

Ante todo, y para efecto de una adecuada clasificación de las definiciones, es necesario tener que el concepto de delito puede ser referido a dos momentos fundamentales del mismo : al "causal" y al "formal". Cuando para elaborar la noción se mira el maleficio descrito ya en la ley, se llega a una definición jurídica. Cuando se observa el instante en que es creando por el legislador, en atención a un determinado orden social y como conducta contraria a una norma de cultura, se llega a una noción prejurídica.

Estos dos aspectos no son antitéticos, puesto que no se puede contraponer el punto de vista del derecho histórico, al punto de vista del derecho vigente; la noción sociológica no puede estar en contradicción con la jurídica.

Af que la definición prejurídica no puede ser criticada enfrentando su contenido con el de la jurídica

sino que al estudiar el maleficio por el primer tópico, simplemente se trata de buscar los principios sociales de los cuales toma el legislador los elementos para instituir un hecho en delito.

Este fue precisamente lo que buscó el positivismo, tratar de hallar hechos universalmente odiosos y castigados en todo tiempo y lugar, para así extraer un concepto de delito ideal, arrancando de la propia fenómeno lógica social distinto del que los juristas formaban con los elementos proporcionados por el derecho positivo. En el desarrollo y análisis de las diferentes definiciones, se podrá apreciar más a cabalidad este aspecto. Von Ihoring nos da un concepto de delito que resume el problema: "Puesta en peligro de las condiciones de vista de la sociedad (noción prejurídica o sociológico) tratada por el legislador mediante la pena (noción jurídica)".

Los nociones prejurídicas que repetimos, no se pueden contraponer a las jurídicas, pues aquellas miran el fenómeno delictivo desde el punto de vista social, en tanto ésta lo estudian en su tópico jurídico-positivo, las agruparemos en dos categorías:

- 1o) Definiciones naturalistas y sociológicas; y
- 2o) Definiciones filosóficas.

Cada una de estas agrupaciones será objeto de nuestra atención, en los siguientes apartos.

#### DEFINICIONES NATURALISTAS Y SOCIOLOGICAS

La Escuela Penal Positiva, surge como una revolución que pareció destruir los postulados de la Escuela Clásica, cuyo más grande exponente fue Carrara.

Cesar Lombroso, médico de las Cárcellos italianas en su obra "L'Uomo Delinquente", aparecida en 1.876 inició la revolución. Según estudios realizados en sus pacientes de las prisiones, existiría un tipo criminal, un sujeto orgánicamente distinto del hombre normal, en forma tal que el reato no sería sino el efecto de sus condiciones fisioco-psíquicas: un mero fenómeno biológico.

Gorofalz se aparta de la tesis de Lombroso, y la refuta con su concepto del delito natural. Afirma que la coincidencia de los delincuentes con el tipo antropológico descrito por el galeno Lombroso, no es una realidad, ya

que ningún hecho ha sido considerado siempre antisocial en todo tiempo y lugar, lo cual también se debió a que hasta entonces no se había dado una definición de delito con independencia de la ley penal.

Crímenes horrendos como el parricidio no han sido universalmente estimados como tales. Abandonados los hechos universalmente odiosos y castigados, Garofalo se aparta del camino que desde su punto de vista, ha debido seguir, a saber, que determinados actos se disculpaban porque la valoración jurídica de esa época o de esos grupos humanos los consideraba excusables e justificados. Con todo Garofalo no llega a esta conclusión sino que avanza que la respuesta se encuentra en el análisis de los sentimientos que integran el sentido moral de las agrupaciones humanas.

Guido por Darwin y Spencer, concluye que solamente hay dos sentimientos fundamentales; el de piedad y el deprobidad, y da las siguientes definiciones de delito natural o social. "Es una lección de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (Piedad y Prohibición) según la medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad.

- 8 -

Quedan fuera de criminalidad natural, los hechos que lesionan otros sentimientos, como el pudor, el religioso, la familia, los delitos políticos etc.-

En estos dos sentimientos de piedad y probidad, son los DELITOS LEGALES o de creación política.

Los delitos naturales se dividen en dos categorías:

1o) Ofensas al sentimiento de piedad o de humanidad, las que a su vez comprenden tres especies;

2o) Ofensas al sentimiento de probidad: las que también comprenden tres especies; a) Agresiones violentas contra la propiedad (robo, extorsión, etc.) y b) Agresiones llevadas a cabo sin violencia, pero con abuso de confianza, (estafa, infidelidad, violación de secretos, etc.); y c) Lesiones indirectas a la propiedad o derechos civiles de las personas, por medio de mentiras calumnias (falso testimonio, falsedad documentaria etc.).

Los delitos legales son: a) Las acciones que van contra el Estado, como las que pueden provocar la guerra entre potencias (insurrecciones, sediciones, etc.); b) Las acciones que atacan el poder social sin fines políticos (resis-

tencia a la autoridad: usurpación de títulos, de dignidades o funciones, sin propósito de lucro ilícito; el contubernio etc.); c) Las acciones que atacan la tranquilidad pública, los derechos políticos de los ciudadanos, el respeto debido al culto o pudor público (violación de domicilio, duelos, evasión de prisioneros, ofensas a la religión o al culto, los actos obscenos en público, etc.), y d) Las transgresiones de la legislación particular de un país (usar armas prohibidas sin autorización; la prostitución clandestina; las contravenciones de las leyes de ferrocarriles, telégrafos, higienas públicas, aduanas, caza, pesca, montes, aguas a los reglamentos municipales de orden público etc.).

La teoría del delito natural no sedujo ni a los mismos positivistas, y pareció que recordaba la vieja división clásica de delitos "malo in se" o prohibita quia mala" y delitos "malo quis prohibita" (malos en si o prohibidos porque son malos ; porque son prohibidos) Empero, se construyen numerosas definiciones de las cuales, las principales son las de Bernini, Ferri y Colajanni.

Agustino Beronini, definió así el roto; "es delito el hecho del hombre, violento o fraudulento, que infringe las relaciones fundamentales de la sociabilidad, pro-

hibido por la ley, y determinado por motivos antijurídicos y antisociales, que revelan la falta absoluta e relativa en el agente de sentimientos altruistas fundamentales, necesarios para la adaptación del individuo a la sociedad".

Como salta a la vista, esta concepción no es estrictamente sociológica, sino que tiene ingredientes jurídicos, puesto que se dice que el hecho del hombre debe estar prohibido por la ley".

Basándose en esta noción, otros positivistas, Enrique Forri y Colajanni, construyeron la suya; "son acciones punibles (delito) las determinadas por móviles individuales y antisociales que perturban las condiciones de vida y contravienen la moralidad media de un determinado pueblo en un momento dado.

En esta definición se ha quitado toda mezcla jurídica.

La Escuela Sociológica en Francia, se ocupa también del delito. Entre las definiciones dadas por dichas tendencias, es importante la de Durkheim; "El delito lesioná aquellos sentimientos que en un mismo tipo social se encuentran en todas las conciencias normas.

"CRITICAS A LAS DEFINICIONES NATURALISTAS Y  
SOCIOLÓGICAS"

Las principales objeciones hechas a las concepciones esbozadas, son las siguientes:

- 1o) La definición de Garofalo deja por fuera sentimientos diferentes a los de piedad y probidad que también pueden ser ofendidos por el delito, sentimientos sexuales, honestidad, religión, patriotismo, etc. La selección del autor criticado es caprichosa.
- 2)  
El positivista Garofalo funda su teoría en los sentimientos que los tiempos actuales nos parecen más fundamentales, "sin tener en cuenta que no siempre ha sido así. Ha habido épocas por ejemplo, en que el sentimiento religioso era más fundamental que el de piedad, y el crimen de herejía era el más grave". (...).
- 3o) El delito no hiere los sentimientos de manera directa sino secundaria y derivada; primitivamente son intereses los que satisface.
- 4o) La teoría de Garofalo no comprende, sino una mínima parte de los delitos contenidos en el Código,

y es completamente imitil para el Derecho Penal, según lo afirmado por Alimena.

50) Contra la definición de Ferri ha dicho Mannini que es un error sostener que el delito lesioná la moralidad media, pues ésta representa todavía un máximo respecto de la delincuencia, mientras que el Derecho Penal representa el mínimo ético considerado como indispensable y suficiente para mantener el orden jurídico general en un determinado momento histórico, en un pueblo dado.

#### "DEFINICIONES FILOSÓFICAS DE DELITO"

Como lo veremos más adelante, al estudiar las concepciones jurídicas de delito, las primeras nociones que de él se dijeron lo consideraron simplísticamente como una mera contradicción de la ley. Estas definiciones carecían de transcendencia, e hicieron que los pensadores se orientaran en un sentido más filosóficos-

Las concepciones filosóficas, dentro de su gabinete, miran el maleficio desde diversos puntos, que entraremos a contemplar :

### 1o) EL DELITO COMO LESIVO DE LA JUSTICIA.

Las nociones de este tipo se iniciaron con **JUAN DOMINGO ROMAÑOGSSI**, quien define el resto como "el acto de una persona libre e inteligente, dañoso a los demás y a la justicia".

### 2o) EL DELITO EN SU ASPECTO MORAL.

Para los teólogos no existía diferencia entre "delito" y "pecado"; "el verbo delinquir no ha nacido para el teólogo, sigue diciendo pecar".

A los teólogos siguen juristas como SELDEN, para quien "el delito es una acción mala". También se debe mencionar a KANT, quien distingue entre delito y pecado, pero estima que el primero abarca toda la ética y el segundo se refiere al mínimo ético necesario para la convivencia social.

### 3o) EL DELITO COMO VIOLACIÓN DE UN DEBER.

Entre las principales definiciones de esta tendencia están las de los siguientes autores: ROSSI y PRAL y JOHN WILDER MAY.

Rossi: "el poder social no puede considerar, pues, como delito más que el quebrantamiento de un deber con la

sociedad o los individuos requeribles de suyo, y útil a la conservación del orden político, de un deber cuyo cumplimiento no puede afianzarse sino por la sanción penal, y cuya infracción puede ser estimada por la justicia humana".

Pacheco : "Es un quebrantamiento libre e intencional de nuestros deberes".

Franl : "Es la violación de un deber social exigido para la conservación de la sociedad".

John Wilder May : "El delito es la violación e inobservancia del deber legal, de tanta importancia pública que el derecho, sea consuetudinario o escrito, establece pena para él".

Otros autores se han orientado en el sentido de considerar que el delito no es la violación de un deber, si no de un derecho.

#### 4o) EL DELITO COMO VIOLACION DE UN DERECHO.

Se sostuvo por los defensores de este criterio, que la transgresión del derecho es principalmente objetiva, que hace relación a orden jurídico y que el objeto formal y específico del delito, era el derecho. El quebrantamiento y específico del delito, era el derecho. El quebrantamiento

tamiento del deber es de naturaleza subjetiva y hace referencia a un orden moral; más que jurídico.

Consideramos por nuestra parte, que las dos tendencias en la realidad jurídica, se reducen a una sola, pues el derecho y el deber son correlativos. Se trata de un mero juego de palabras.

Entre las definiciones que siguen esta corriente están la de Franck, la de Ortolán y la de Gabriel Tarde.

Franck sostiene, que el delito es la violación de un derecho; Ortolán, que "en su significación originaria, y al mismo tiempo más amplia, denotaría toda desviación, o en otros términos, toda violación cualquiera que sea del derecho y Gabriel Tarde, que "la idea del crimen implica esencialmente, naturalmente, la de un derecho & la de un deber violado".

La principal crítica hecha a la anterior opinión consistió en aseverar que el maleficio no es simplemente la transgresión de un derecho, "pues también lo violado lo niega el deudor que se opone al pago de una deuda, sin que por ello constituya su hecho una infracción delictiva."

#### "EL DELITO COMO VALORACION JURIDICA A TRAVES DE LOS TIEMPOS"

"El robo" en el decurso de los tiempos, como nos lo

- 16 -

enseña la historia, ha sido una valoración jurídica. Siempre y de modo constante se ha considerado delictuosa aquella conducta que contraría el orden jurídico de un determinado lugar y momento histórico, cualquiera que sea la forma y el contenido de aquél. Por eso, el maleficio o mejor, lo que se considera delictuoso, cambia cuando se muta el orden jurídico. Por ejemplo, en la Edad Media el hecho punible más grave era la brujería, porque la valoración jurídica o norma cultural de esa entonces así lo consideró y, por eso fueron quemados en la pira, quienes contravinieron la regla u ordenamiento de la época. De modo que el delito ha sido siempre lo antijurídico. Primero se valoró objetivamente, con mero sentido de causa material. Lo subjetivo, la intención y la negligencia, aparece en la culta Roma, y así se junta al elemento antijurídico del rito, el concepto de culpabilidad.

Si el delito ha sido siempre lo que contraría el ordenamiento jurídico a través de sus distintas evoluciones empírico-culturales, tendremos que él es un JURÍDICO, y que lo fue mucho antes de que Carrara elevara el concepto o fórmula sacramental.

Hecta la anterior aclaración, procederemos a estudiar las definiciones jurídicas.

### "CLASIFICACION DE LAS NOCIONES JURIDICAS"

Atendiendo particularmente, razones metológicas, agruparemos las definiciones jurídicas del maleficio en cuatro categorías:

- a) Nociones basadas en lo contrario a la Ley, o tautológicas;
- b) Concepciones que consideran el "reato" como un acto jurídico;
- c) Definiciones sociológico-jurídicas; y
- d) Definiciones legales.

A continuación, nos referiremos a cada una de estas especies:

- n) Definiciones Basadas en lo Contrario a la Ley, o Tautológica. — Los primeras nociones que se dan de delito, son de esta categoría. Entre ellas están las de los siguientes autores: Tiberio Decino, Cayetano Filangiere, Ortolán, Bonetan, e incluso la de autores modernos como Garció Lopez.

Tiberio Decino (Siglo XVI) : Factum hominis, vel dictum, vel scriptum dolo vel culpa, a lego vicente sub pena prohibitum quod nulla justa causa, excusare potest" (un hecho, dicho o escrito del hombre, cometido con dolo o con culpa, prohibido por la ley vigente, y que no está legitimado).

por causa justa).

Cayetano Pilangieri : "Hecho Humano contrario a la Ley".

Ortolán : "Delito es toda infracción de la ley penal".

Bentham : "Los actos de esta naturaleza (que producen más mal, que bien) o a lo menos tenidos por tales, son aquellos que los legisladores han prohibido. Un acto prohibido (por los legisladores) es lo que se llama delito."

Garcilopes : "El delito es un hecho prohibido por la ley bajo la amenaza de una pena."

Estas definiciones como se comprende, (fácilmente llevan a un círculo vicioso, no penetran en la esencia del problema; efectivamente, si delito es lo que viola ley, nos preguntaremos : "Y qué es lo que debe prohibir la Ley?

Este criterio legalista es acogido, en principio por el doctor Lozano y Lozano, Miembro de la Comisión Redactora del Código Penal, quien dice : "Es delito, aquella acción que prohíbe y castiga una disposición de la ley penal". Espero, según el ilustre jurista, este concepto aunque antiesface al ciudadano, al Magistrado y al funcionario, no conforma a la ciencia que tiene que precisar la naturaleza de las cosas, por lo cual adopta la noción positivista, como ya lo vimos.

#### "CONCUPICIONES QUE CONSIDERA EL REATO COMO UN ENTE JURIDICO"

Quienes siguen esta tendencia, aspiran a penetrar

en la verdadera esencia del hecho punible. Ante todo, y para evitar confusiones en relación con las definiciones filosóficas que conciben el malaficio como la violación de un derecho, individual, o colectivo, sino como el quebrantamiento de Derecho del ordenamiento jurídico de determinados tiempos y lugar, encarnado en la Ley del Estado. Al respecto dice Carrara: "El ente jurídico no puede tener como objeto, sino una idea, el derecho violado que la ley protege con su prohibición".

Según el Maestro de Pisa, en el delito se distinguen los siguientes elementos:

1o) EL SUJETO ACTIVO PRIMARIO, que no puede ser sino el hombre, pues, "para que haya delito es esencial que el hecho provenga de una voluntad inteligente que no existe sino en el hombre";

2o) EL SUJETO ACTIVO SECUNDARIO, que son los instrumentos de que se sirve el hombre que delinque;

3o) EL OBJETO, que es el derecho "al cual la ley haya concedido expresamente su tutela con una prohibición y con una sanción; y de esta manera la ley protectora y el derecho protegidos se complementan para formar la idea que viene a constituir el objeto del ente jurídico llamado "Delito".

- 20 -

4o) EL SUJETO PASIVO, constituido por "el hombre o la cosa sobre que recaen los actos materiales del culpable, encaminados al fin salvado".

#### "LAS FUERZAS DEL DELITO EN LA DOCTRINA CARRARIANA"

El resto en la sistemática Carrariana, no es un simple hecho: "es un ente jurídico, cuya esencia que consiste enteramente en una relación, requiere el concurso de aquellos elementos que, al producir el choque del hecho con la ley civil, originan la criminalidad de la acción. Estos elementos los designamos con el nombre de FUERZAS DEL DELITO".

Estas fuerzas (moral y física) deben considerarse ya en su causa, o sea subjetivamente; ya en el resultado o sea objetivamente. De aquí se desprenden:

1o) La fuerza moral subjetiva del delito que "consiste en la voluntad inteligente del hombre que obró. Por eso se llama fuerza interna, fuerza activa". Su resultado moral es la fuerza moral subjetiva;

2o) FUERZA MORAL SUBJETIVA, que consiste en "la intimidación y, el mal ejemplo que el delito produjo en los ciudadanos, o sea el daño moral del delito".

### 3o) LA FUERZA FISICA SUBJETIVA DEL DELITO

La representa la acción corporal, con la cual el agente ejecuta el designio perverso. Por ese se llaman "fuerza externa". El resultado de esa fuerza es:

4o) FUERZA FISICA OBJETIVA, constituida por la "ofensa del derecho agravado o como dice, el daño material del delito".

"De la fuerza interna surge en el delito, el elemento moral; de la externa, el elemento material o su esencia de hecho; de la interna y la externa juntas, el elemento político."

### CRITICA A LA NOCION CLASICA DE DELITO:

Las principales objeciones formuladas a la concepción clásica del maleficio, son las siguientes:

1o) Dentro de la definición, además, del contenido jurídico, existen elementos que quedan fuera del campo técnico jurídico, como son las valoraciones éticas y finalistas. El propósito finalista - protección de la seguridad de los ciudadanos. Elemento político criminal, no es de la esencia del delito, pues hay formas delictivas que no buscan proteger la seguridad de los ciudadanos, sino de un régimen o

clase. 2o) Tiene una significación marcadamente individualista, ya que la finalidad de la ley es la de proteger la seguridad de los ciudadanos (individuos) quedan fuera de ella los extranjeros que no tienen la calidad de ciudadanos, y los intereses colectivos que dentro de la concepción liberal individualistas de la Escuela Clásica, no tenían valor por sí mismos, sino en función de los derechos del individuo." 3o) Aunque esta definición contiene en esencia, los elementos integrantes de la definición dogmática o normativa, no alcanza la perfección de esta, que aparece perfecionada por la doctrina alemana, de todo cuanto no esencial al delito, estimado como ente jurídico; 4o) "Sujeto activo primario, es el hombre, no porque esté dotado de libre albedrío, sino porque todo el ordenamiento jurídico se refiere a él, como creador e soporte del mismo y porque el ataque al derecho ajeno sólo puede venir de una persona humana. Precisamente, como lo hemos sostenido, ese ataque reviste el grado de libertad de que disfruta el infractor"; 5o) "Sujeto activo secundario, no puede ser la cosa con que se realizó el delito. Este elemento no es parte de la noción jurídica del delito, que cuantas veces el derecho menciona a un sujeto da a entender que se trata de una persona humana. Ni aún cambiando la denominación por la que lógicamente co-

rresponde ~objeto~ puede decirse que sea elemento constitutivo de una noción filosófica, ni jurídica del "reto"; 6o) "El sujeto pasivo no puede circunscribirse a la persona o cosa sobre que recaen los actos materiales del culpable, sino que es preciso entender, por tal elemento al titular del derecho violado"; 7o) "...la separación de las fuerzas (física, la una; moral, la otra) es apenas una aplicación de la filosofía cartesianas del alma, como sustancia pensante; y del cuerpo, como sustancia visible... Al observar la persona en su unidad bioníquica y con el mundo en que actúa se ve como es imposible ese apartamiento entre lo corporal y lo psíquico. El acto no está integrado por dos mitades separadas, sino que es en sí mismo, uno, aunque lógicamente puedan diferenciarse en él dos facetas, la interna y la externa."

#### DEFINICIONES LEGALES DEL DELITO.

Se ha discutido en la doctrina si es o no conveniente que el legislador defina el delito. Pero ha prevalecido la tesis de que tal clase de definición es inconveniente, por las siguientes razones:

lo) Es imitil, ya que nada enseña a los doctos y nada aclara a los profanos. Las cosas deben preexistir a las definiciones, se dice, y no ser creadas por las definiciones mismas.

2o) Es peligroso, pues el legislador descansando en esa definición universal de delito, olvida la precisión de las demás definiciones, y si éstas son precisas, entonces el concepto general será superfluo y se convertirá en fuente de dudas para comentaristas e intérpretes y de escudo contra la ley, por parte de los abogados defensores.

Los partidarios de que el legislador dé una definición genérica de delito, esgrimen dos argumentos principales:

1o) La precisión de las leyes, y la fijeza de su interpretación exigen que interprete según a qué atenerse respecto de los términos engendradores de equívocos. Traen en apoyo de su argumento, el que muchos códigos dedican buen número de artículos a definir los términos que se usan en el texto legal.

2o) Muchos institutos se han construido por la Doctrina en los países donde se da una definición universal, al amparo de ella.

La mayor parte de los códigos modernos, entre ellos el colombiano, se han inclinado por la primera tesis y no contienen una definición de delito.

Entre las definiciones legales podemos citar, simplemente a manera de ejemplo, los siguientes:

Artículo 1o. del Código Penal Español: "Son delitos o faltas; las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley."

Son "delitos" las acciones u omisiones voluntarias penadas por la ley". (Códigos de Chile, Nicaragua, El Salvador, Honduras y Guatemala).

"Actos imputables sancionados por las leyes penales" (Código del Ecuador).

#### DEFINICION LEGAL EN EL CODIGO COLOMBIANO

El Código anterior definía el delito como "la voluntaria y maliciosa violación de la ley, por la cual se incurre en algún pena" (Art. 1o.).

En la Comisión Redactora del actual Código, se discutió sobre la conveniencia de dar una definición general de delito. El doctor Lozano, fue partidario de que se dijera en razón de la deficiente preparación de los funcionarios, y que se dijera que: "Constituye DELITO, toda violación de la Ley penal, por la cual se incurre en una pena"; agregando, que "el definir lo que es delito, tiene la ventaja de que en muchos casos se elimina la duda de si un determinado hecho constituye o no un delito". El doctor Escallón se opuso a la pretensión del Dr. Lozano, siendo aceptadas sus argumentos por los doctores Cárdenas y Rey, expresando que "tal definición es innecesario y on-

la práctica sucede con frecuencia que una definición, en vez de facilitar la ampliación de la Ley, llega hasta estorbarla, y seguramente por tal causa los códigos modernos se abstienen de hacer tal definición, la cual, por otra parte, no resultaría completa, por no poder abarcar en ella los elementos específicos del delito".

He ahí las razones por las cuales nuestro actual estatuto, siguiendo la tendencia dominante, contiene una definición universal o general de delito.

---

## C A P I T U L O III -

## "LA ESTRUCTURA DEL DELITO"

## Introducción.

En el análisis sobre la estructura del delito, seguiremos, en sus linchamientos generales, la noción normativa, sin pretender dogmatizar y limitándonos a exponer la teoría que, a nuestro juicio, ha alcanzado el más alto grado de perfección, sin que la consideremos perfecta, porque ello equivaldría a afirmar que el Derecho se detiene, "es ciencia que está muerta".

Por razones lógicas y sistemáticas que se verán claramente, en el desarrollo de la exposición, dividiremos nuestro estudio sobre la naturaleza jurídica del "reato", así:

ACCION - TIPO OBJETIVO - ANTIJURICIDAD - TIPO SUBJETIVO - CULPABILIDAD.

Tal división obedece, lo anticipamos, a que el TIPO es el substratum o contenido de las abstracciones llamadas "ANTI JURICIDAD" y "CULPABILIDAD". La primera es un juicio sobre la parte objetiva del Tipo, o Tipo Objutivo; la segunda es un juicio sobre la parte subjetiva del mismo, Tipo Subjetivo.

Algunos autores al estudiar la noción dogmática del maleficio, dividen su estudio así:

TIPO OBJETIVO - ANTIJURICIDAD - CULPABILIDAD.

Todo lo subjetivo (excepción hecha de los llamados "elementos subjetivos del injusto") lo estudian en la culpabilidad, pero sin hablar de la existencia de un tipo subjetivo. Otros tratadistas, en particular, los partidarios de la llamada teoría finalista de la Acción (Welsel, Maunach, Hellmut von Weben), localizan el dolo y la culpa en la estructura del tipo, y convierten la culpabilidad en un puro juicio de reproche del proceso velitivo del agente. En otros términos, para ellos el dolo y la culpa, no son especies del género culpabilidad, como todos nosotros lo hemos aprendido, sino elementos integrantes del tipo."

## C A P I T U L O IV -

## "LA ACCION COMO ELEMENTO DEL DELITO".

Psicológicamente, entendemos por acción "El acto humano intencional"; es decir, aquél que el hombre ejecuta con conocimiento y libre voluntad. Dos son, pues, las condiciones de la acción psicológica : el conocimiento por parte del entendimiento y la elección por parte de la voluntad.

Desde el punto de vista jurídico, podemos hacer una doble distinción; lo) El concepto de acción en el ámbito jurídico penal, y 2o) El concepto de acción en el resto del campo jurídico.

El ámbito jurídico penal, el concepto de acción coincide en uno de sus aspectos, con la noción psicológica, pero ha menester, además, como requisito esencial, un movimiento corporal, un comportamiento externo de hacer o no hacer; el pensamiento no delinque.

En el campo jurídico no penal, la noción es mucho más amplia, ya que ella no requiere necesariamente un elemen-

to psicológico o subjetivo, sino que "la acción o conducta indica cualquier hecho de la vida real, que pueda predicarse de las personas físicas e jurídicas", esto es, de los sujetos de derecho.

Así, tan acciones son el contrato o en el testamento, como el nacimiento y la muerte. Con todo, es preciso hacer aquí una importante observación: "Cuando en la acción civil interviene la voluntad del hombre, ésta busca la producción de efectos jurídicos (contrato, testamento, reconocimiento de un hijo natural, etc.). En cambio, en la acción jurídico-penal, la voluntad no interviene para producir efectos jurídicos: el delincuente no quiere poner en movimiento el mundo jurídico; por ejemplo, cuando "A" ocasiona la muerte a "B", con su automóvil al pasar el semáforo en luz roja, vemos que lo que buscaba el primero no era matar a "B"; (ni mucho menos obligarse a sufrir la pena, ni a indemnizar los perjuicios civiles). Lo mismo puede predicarse de los delitos dolosos. Así, si "A" con intención de matar, dispara sobre "B" y le ocasiona la muerte, se observa que lo que quería el agente era disparar para matar, pero no sufrió la pena, ni indemnizar los perjuicios. De una vez aclararemos que la intención de resultado (muerte), no se debe confundir con la intención de acción (disparar), siendo esta última, la única que nos interesa por el momento.

**Historia y Definición.** El concepto de acción fue intuído a finales del Siglo XVIII por Ernst Ferdinand Klein. Su verdadero fundador fue Heinrich Linden, a mediados del Siglo XIII. Empero, quien instala científicamente esta doctrina en la sistemática jurídico-penal moderna, es Von Liszt.

Podemos definir la acción como la conducta humana intencional, constituida por un hacer o no hacer, que enlaza consecuencialmente de un resultado, consiste en la modificación o en el peligro de que se produzca.

#### Dicimos:

a) **Conducta humana**, para indicar que se trata de un comportamiento exterior, de una actividad objetiva. Además, que esa actividad debe ser del hombre, único ser dotado de inteligencia y voluntad. Si los animales, ni los demás seres de la naturaleza pueden ser sujetos de la acción.

b) **Intencional**. Algunos autores hablan de voluntarias, pero hemos preferido la expresión "intencional", para involucrar las dos facultades del hombre; entendimiento y voluntad, ya que como nos enseña la psicología, sólo se apetece el bien conocido por la razón.

c) **Constituida por un hacer o no hacer**. Para que

queden comprendidos la Comisión.

d) Que anulen consecuencialmente un resultado.

El resultado en efecto, de la acción, no se confunde con ella, y entre ambos existe una relación de causa a efecto.

e) El resultado consiste en una modificación del mundo exterior (muerte, sustracción, apoderamiento, etc.), o en el peligro de que se produzca (tentativas, delitos feriales, delitos de peligro).

"El resultado" no es un elemento de la acción, sino una consecuencia de ella. Entre la actuación o movimiento corporal y el resultado, debe existir una relación de causalidad.

Desde ahora es preciso aclarar que no se debe confundir la relación causal física que se establece entre la actuación, y el resultado con la relación causal mordil existente entre éste y la inteligencia. Un ejemplo elemental nos dilucida el problema: "A" con el propósito de matar dispara sobre "B", hiriéndolo; pero éste fallece a consecuencia del accidente sufrido por la ambulancia en que es llevado al Hospital. Aquí la relación de causalidad mordil es perfecta, puesto que existía el propósito de matar y scoprodujo la muerte; pero es deficiente la relación y el resultado.

- 33 -

45542

a) Elemento Psicológico o Subjetivo de la acción. (Intención). Para que haya acción se requiere el concurso de la voluntad y la inteligencia. Por tanto, no actúa el sujeto que mediante un movimiento reflejo, o sea, mediante "ese movimiento involuntario que desde inmediatamente a una irritación periférica externa o interna", causa un dolo. Si uno al reaccionar por estremado, rompe una lámpara de petróleo y provoca un incendio, o si, en un vértigo incontenible ensucia algún objeto, no constituiría delito por falta de acción o mejor, por carencia del elemento psíquico de la misma.

Es importante tener presente que la intención se refiere a la actividad misma del sujeto, a la actuación y no al efecto o resultado de ella. El elemento psicológico del resultado (contenido del dolo y de la culpa) no es parte de la teoría de la acción. Por eso dice Beling que al considerar subjetivo de la acción, es "incoloro"; una cosa es que haya acción y otra es que haya acción culpable. Una serie de ejemplos explicarán el problema:

a) Con el propósito de matar, dispara sobre "B" y le ocasiona la muerte. En esta hipótesis hay intención de acción (o sea intención de disparar); hay también intención de resultado (o propósito de matar a "B").

"A", lanzador de cuchillos en un circo, piensa que

puede ocasionar la muerte al sujeto que sirve de blanco, pero confía en su experiencia y ocasiona la muerte a "B". Aquí tendremos intención de acción (o sea intención de accionar el arma), pero no habrá representación del resultado (o sea la muerte de "B"). Pero "A" no quiso matar a "B".

"A" toma un revolver que cree de juguete y para hacer una broma lo acciona frente a "B" matándolo... En este evento habrá intención de acción, (o sea intención de accionar el revolver o arma). Pero no habrá ni representación ni voluntad de resultado, ya que el agente ni prevee ni quiere la muerte de "B".

Se puede notar que en los tres casos planteados hay intención de acción, pero solo en el primero hay intención de acción, pero solo en el primero hay intención de resultado, de donde se infiere que el elemento subjetivo de la primera no se debe confundir con el segundo. El aspecto subjetivo de la acción se estudia en la teoría de la acción, el del resultado, en la teoría de la culpabilidad.

b) El elemento Objetivo de la acción (actuación).  
El aspecto objetivo de la acción es movimiento corporal, la actividad externa del hombre. Algunos autores hablan de "manifestación de voluntad". La actuación consiste en desplegar

u omitir determinada serie de movimientos por los cuales el autor hará surgir ese estado de hecho que, innovando en el mundo exterior, constituye el resultado que la ley define y prohíbe. Naturalmente que en muchas ocasiones el elemento objetivo de la acción consistirá en un no hacer, como lo veremos al analizar la omisión que nosotros involucramos en el término acción.

Al proclamar que la acción ha menester un comportamiento exterior, se reitara el principio de que nadie podrá ser castigado por sus pensamientos, según lo dijera Ulpiano: "Cogitationis poenam nono patitur". Paulo, como lo recuerda Maggiore, expresa con gran propiedad este apotegma: "Post veterum autoritatem coperuentum est ut nemo ope fecisse videatur nisi consilium malignum haberet nec consilium habuisse nocent nisi et factum secutus fuerit". (En pos de la autoridad de los antiguos, hemos llegado a concluir que ninguno aparezca como autor de una obra, sino hubiere tenido un mal designio, salvo cuando le ha seguido un hecho).

#### "RESULTADO NATURAL Y RESULTADO JURIDICO"

El concepto de acción objetiva y subjetivamente considerando, lo hemos formado naturalmente, es decir, tomando tal como se presenta en la realidad física, física y psíquica. Pues bien, la noción de resultado también se debe

estructurar naturalisticamente (como muerte, como apoderamiento, como sustracción, como peligro corrido etc.) Su valoración jurídica se hace al analizar la antijuridicidad de la conducta. Es allí cuando se determina si ese natural resultado lesionó o no bienes jurídicos. Así puede darse el resultado muerte, si que haya lesión jurídica por haberse actuado en ejercicio de una causal justificativa. Por esta razón no compratimos el criterio de Cuello Calón, quien afirma que el resultado de la acción es la lesión de bienes jurídicos penalmente protegidos, o el peligro de que tal lesión llegue a producirse". El estudio de la cuestión propuesta pertenece a la teoría de la antijuridicidad, y no a la de la acción. Sea lo que fuero, lo cierto es que concebido el resultado desde el punto de vista jurídico, esto es como antijurídico, podemos decir, que es la lesión abstracta (tentativas, delitos formales y delitos de peligro propiamente dichos) o concreta (delitos materiales) de bienes jurídicos penalmente protegidos.

Menger, incluye dentro del resultado, lo que nosotros hemos llamado ACTUACION, y afirman que "Resultado del delito" es la total realización típica exterior; por ello el resultado comprende tanto la conducta corporal del agente, como el resultado externo causado por dicha conducta".

### "RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE LA ACCION Y EL RESULTADO"

Entre la conducta positiva o negativa y el resultado, debe existir una relación de causa a efecto. Como lo señala Magíero, no tenemos de un lado la acción y del otro el resultado, sino la acción que produce al resultado, la acción que debe causar el efecto.

Para explicar el fenómeno de la causalidad, o más precisamente, para determinar hasta qué punto un resultado puede atribuirse a la actuación voluntaria de un sujeto, se han planteado numerosas teorías, que no es del caso analizar y cuyo estudio se llevaría toda la temática de una monografía. Nos basta saber, para efecto de nuestro análisis, que dos son los aspectos de la causalidad en función del delito : LA RELACION CAUSAL SUBJETIVA Y LA RELACION CAUSAL OBJETIVA.

La primera es la que se establece entre la mente del sujeto activo y el resultado de la acción; la segunda es la que debe existir entre la actuación voluntaria y el resultado "es el enlace entre los distintos, fenómenos de orden físico que a partir de la exteriorización del acto, culminan en el resultado previsto por la ley". Valiéndonos de un ejemplo en el

llamando "homicidio concursal", la relación de causalidad moral es perfecta, ya que el agente tiene el propósito de matar y se produce la muerte; pero es deficiente la relación causal objetiva (es decir, la que existe entre la actuación y el resultado), puesto que la muerte no se produce sino por el concurso de un hecho subsiguiente dependiente de la víctima o de un tercero (Art. 366 del C.P.). En el "homicidio preterintencional" es deficiente la relación causal subjetiva, ya que sólo existe el propósito de herir y se produce la muerte, pero en cambio es perfecta la relación causal objetiva (Art. 365 del C.P.).

**LA COMISION Y LA OMISION.** Dijimos que en el concepto de ACCION quedan comprendidas tanto la acción en sentido estricto, o Comisión, consisten en ejecutar positivamente el hecho prohibido por la ley (ocasionar la muerte, sustrair, someter al acceso carnal, etc.). Aquí el tipo penal describe un hacer positivo.

En los delitos de Comisión simple, el agente se abstiene de ejecutar actos que son obligatorios: "Es la inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado". En los delitos de acción o de comisión, la conducta vulnera una norma prohibida.

una norma "prohibitiva" (no matar, no hurtar, no ciolar, etc.). En los de omisión se viola una norma "imperativa" (denunciar los delitos, administrar pronta justicia, etc.). En éstos el tipo penal describe una conducta negativa: "El funcionario...que omite, rehuse o retarde..." (Art. 172 del C.P.). "El que teniendo conocimiento de la comisión de un delito... no diere cuenta a la autoridad,,,," (Art. 201 del C.P.).

En los delitos de COMISIÓN POR OMISIÓN se ejecuta el hecho prohibido por la ley, es decir, se viola la norma prohibitiva, (por ejemplo, "no matar"), por medio de una conducta negativa, como en el socorrido ejemplo de la madre que con el propósito de ocasionar la muerte a su hijo se abstiene de darle alimento. Se observa que en este caso, se vió la una norma prohibitiva (no matar) y una norma imperativa, (deber de alimentación de los padres para con los hijos). En la doctrina alemana a los delitos de omisión simple se los llama de "Omisión Propia", y a los de comisión por omisión se los denomina de "Omisión Impropia".

#### "CONSECUENCIA DE LA AUSENCIA DE ACCIÓN"

Sin acción, no hay delito. Si falta ésta, como si no se da cualquiera de los otros requisitos que luego estudiaremos (tipicidad anti-juridicidad, dolo, culpa), no ha-

bró reato en aparte interior vimos la consecuencia que acarrea la carencia del elemento objetivo de la acción (actuación) : nadie podrá ser castigado por sus pensamientos. Ahora estudiaremos brevemente la falta de acción por inexistencia del elemento subjetivo.

La mayoría de los autores trata los casos de ausencia de acción como un aspecto de la imputabilidad. No obstante desde un punto de vista estricto, es monester distinguir los eventos en que falta la acción y aquéllos en que no hay culpabilidad. En párrafo anterior hicimos una clara distinción entre la teoría de la acción y la teoría de la culpabilidad, así que la falta de una y otra, se debe estudiar por separado.

Entre los casos de ausencia de acto se señalan los siguientes :

1º) El Sueño y El Somnambulismo. Se trata de fenómenos psíquicos cuya naturaleza corresponde desentrañar a los psiconalistas. Basta saber, para efecto de nuestro estudio, que por ejemplo, la injuria proferida durante el sueño contra una persona a quien se odia, no puede caer bajo el dominio de Derecho Penal, por faltar el elemento subjetivo de la acción. Lo que se dice respecto al somnílocuo es aplicable al sonámbulo; ni uno ni otro, tienen conciencia,

ni voluntad de sus actos. En nuestra legislación estas dos situaciones de acuerdo con la doctrina, hay que comprenderlas en el Art. 23 del C.P. (en la hipótesis de la "sugestión" patológica).

Maury dice que los sueños son estados puramente cerebrales, análogos a las alucinaciones y a las crisis de delirio "su juicio es, rigurosamente exacto a nsimilar el estado de sueño, al estado de locura. El individuo que sueña es un blucinando; oye palabras nunca proferidas; ve personas ausentes, seres que no existen."

#### "LA INSUPERABLE COACCION AJENA"

Es necesario distinguir entre la fuerza física, (vía absoluta) y la fuerza moral (vía compulsiva).

La primera es la única que excluye la acción. La segunda excluye la responsabilidad, pero no por falta de acción, sino por carencia de culpabilidad. En el caso de la fuerza física, la persona que la sufre es un simple instrumento sin voluntad en manos de quien la ejerce. Por ejemplo, si se lleva la mano al arma para que dispare o para que estampe mi firma en un documento.

Distinto es el evento de la fuerza moral, o vía compulsiva: cuando una persona se la amenaza, ésta escoje

entre el mal que le amenaza, y el mal que elige (por ejemplo) entre recibir una paliza y firmar un documento, y en éstas, se resuelve por el segundo, pero con una voluntad coaccionada (*coactus voluit*). Aquí hay manifestación de voluntad y, por ende, acción; pero en cambio, no hay culpabilidad, como se verá oportunamente.

#### "SUGESTION HIPNOTICA"

Sin entrar a dilucidar el problema de lo que debe entenderse por sugerencia hipnótica y teniendo en cuenta la problemática existente en torno a la cuestión de si el hipnotizado puede o no ser inducido a la comisión de actos delictuosos, lo cierto es que si la respuesta fuera afirmativa, no habría responsabilidad por carencia de acción, puesto que faltaría el elemento subjetivo de la mala.

Nuestro estatuto soluciona el problema en el numeral primero del Art. 23 : "No hay lugar a responsabilidad cuando el hecho se comete".

lo) Por...o en estado de sugerencia hipnótica... siempre que el suggestionado haya consentido previamente en cometerlo".

#### "LOS MOVIMIENTOS REFLEJOS"

Según Mesquier, son aquellos "movimientos corpo-

rales en los que la excitación de los nervios motores, no está bajo un influjo animico, sino que es desatada inmediatamente por un estímulo fisiológico corporal, esto es, "en los que un estímulo subcortical y sin intervención de la conciencia, pasa de un centro conocido a un centro motor y produce el movimiento". Por ejemplo, si una persona en un ataque convulsivo destroza una cosa ajena, no habrá delito de daño por falta de acción.

Jiménez de Asúa, incluye aquí los llamados actos de "Sideración Brutiva". Trae como ejemplo el de un médico joven e inexperto, y seguramente de temperamento nervioso, que en el curso de un parto difícil vio salir por la vulva a causa de ruptura del útero, un paquete de intestinos; considerado (aturrido) por la sorpresa, sólo acertó a tomar unas tijeras y cortar el paquete de esos intestinales, con lo que causó la muerte a la paciente.

De todas suertes, y sin profundizar en cuestiones que no son del resorte exclusivo de esta monografía, basta-nos saber que en estas hipótesis no hay acción, por faltar el elemento subjetivo de la misma, y, por tanto no hay delito, ni responsabilidad. En nuestra legislación no podríamos englobar estos casos sino en el supuesto de la sugestión patológica, o, como dice Gaitán Mohech, en la perturbación mental transitoria.

Los casos citados aunque técnicamente implican ausencia de acción, por carencia del elemento subjetivo de la misma, son tratados como antes se dijo, por algunos autores entre los que excluyen la culpabilidad, sin que las consecuencias ya que en una y otra hipótesis faltare uno de los elementos del delito, y por consiguiente no habrá responsabilidad. Además, como lo expusimos al tratar sobre el elemento subjetivo de la acción, si bien puede darse la intención de acción sin intención de resultado (como el que quiere acelerar el automóvil, pero sin intención de matar a nadie), la no intención de acción implica la no intención de resultado; en otros términos, cuando falta el elemento interno de la acción, tampoco se podrá hablar de dolo, ni de culpa. Por ejemplo, si yo no quiero estornudar, tampoco voy a querer romper con el estornudo la lámpara de petróleo y ocasionar un incendio. Así que no puede decirse que estan equivocados en forma completa, quienes incluyen los casos mencionados entre las causas de exclusión de la culpabilidad.

## C A P I T U L O V .

## "LA TIPICIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO"

Carrara en su definición de delito expuesta en otra parte de esta monografía, conceptúa que el reato es "la infracción de la Ley del Estado....". Empero, como ya lo anotamos, al hablar de "disonancia armónica" se refiere a que frente al hecho que vulnera el Derecho(disonancia) surge la ley que lo prohíbe, que lo amenaza con represiones, que lo imputa como delito : armonía, o como diremos modernamente : TIPICIDAD.

Binding, autor de la "teoría de las Normas", observó que el delincuente no viola la ley penal, sino que obran al unísono con ella. Lo que infringe es el principio que origina el respectivo artículo del Código. De él resulta que el Derecho penal simplemente se limita a describir las conductas delictuosas.

Podemos, pues, en principio, definir la tipicidad como la coincidencia entre la conducta humana y la descripción que hace la ley penal. Parafraseando a Jiménez de Asúa aseveramos que esa descripción legal-penal, es lo que se

- 46 -

denomina Tipo, de hecho y un tipo legal. El que intenta llamarse "Tipo de Hecho", no es sino la conducta -humana, el acto del hombre, que ha de subsumirse en el "Tipo Legal".

#### "SINTESIS HISTORICA DEL CONCEPTO DE TIPO PENAL"

"El tipo" es la versión a la lengua alemana de los términos, latinos "CORPUS DELICTI", hecha en el Siglo XVIII. De ahí que antes de Boëling, se considera el Tipo como la figura de delitos específicos, comprendidos todos los caracteres objetivos del reato, incluidos el dolo y la culpa. Tipo y delito se identifican. El Tipo era entonces la síntesis de aquellas características que debe reunir una acción para conducir a una pena".

Posteriormente, el tipo se convierte en la figura rectora a la cual han de conectarse subordinadamente todos los de más caracteres del delito, principalmente la antijurididad: él pertenece o se relaciona con la culpabilidad. Con todo, posteriormente se reconoció por Hegler Mezger que existen figuras de delito que poseen elementos de carácter subjetivo que pertenecen a la antijurididad, como el finis lucrandi en los delitos contra el honor. Se habló entonces de los elementos subjetivos del injusto.

Actualmente existe una tendencia en Alemania

que incluye el dolo y la culpa dentro del Tipo subjetivo, sustrayéndolo del dominio de la culpabilidad, la que se convierte en un puro concepto normativo, esto es, indica simplemente el juicio de reproche que se hace al autor del hecho.

Nosotros por las razones expuestas al iniciar el presente título, dividiremos el tipo en dos partes : "Tipo Subjetivo" y "Tipo Objeto" o mejor, estudiaremos la parte objetiva del Tipo y luego la parte Subjetiva del mismo, haciendo un aparte especial a la llamada Tipicidades Normativas o elementos normativos del tipo.

**Definición de Tipo.** Como nos lo señala Messor, el delito es acción antijurídica, contraria a Derecho. Pero si no fuera ésto el más importante presupuesto de la pena (la antijuricidad) dependería de manera inmediata de la multitud inabarcable con la vista y en constante cambio de la norma jurídica en el total ámbito del Derecho. Se caería en la incertidumbre y la falta de seguridad. Por eso es necesario que el Derecho Penal se procure el adecuado remedio y la claridad indispensable para que en Derecho Penal se procure el adecuado remedio y la claridad indispensable para que en un ámbito la antijuricidad, por lo menos en lo que concierne a la fundamentación del delito, aparezca determinada, precisa, e inequívoca. Para ello ha creado el Tipo. El

Derecho Penal fija por sí mismo y con facultad soberana - las actuaciones que en su propio ámbito quiere meter, someter a un tratamiento penal. No es suficiente cualquier acción antijurídica, sino que es preciso una antijuridicidad especial "tipificada", típica. Es preciso que la antijuridicidad haya sido descrita previamente en el tipo especial". De ahí concluye que "el Tipo en el propio sentido jurídico-penal significa el injusto desorbitante en la Ley, en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal. Dicho tipo es el propio portador de la desvalorización jurídico-penal que el injusto supone".

De lo dicho por Messer se infiere claramente, cuál es la verdadera función del Tipo : "Concretizar, precisar o señalar el injusto. Mas, desde ahora, es precisoclarar que el Tipo no se confunde con la antijuridicidad; una acción puede ser típica, pero no antijurídica, como el homicidio ejecutado en legítima defensa. Lo que ocurre es que la antijuridicidad es un juicio que se hace recuer sobre el hecho típico, pero en el tipo, en sí, no hace juicio valorativo alguno.

En la vida real se presentan una serie de hechos humanos contrarios al Derecho. Las leyes los describen para castigarlos. La norma no dirá "el ladrón sufrirá tal pena", sino que describirá la conducta en que consiste ser ladrón:

"Si que sustraiga una cosa mueble ajena....". Esta descripción es lo que se llama "Tipo", que viene a ser la descripción terminante, la estandarización de una acción antijurídica".

Nosotros, partiendo del punto de vista Kelseniano de que las normas jurídicas no son sino juicios hipotéticos, en los cuales se enlaza un acto coactivo como consecuencia jurídica, a un determinado supuesto de hecho o condición." (concepto perfectamente aplicable al campo jurídico penal), definiremos el "Tipo así :

"Tipo es la descripción legal y completa de los supuestos objetivos, y normativos que al subsumir el hecho real, valorando en forma jurídico-negativa y reprochada a su autor, enlazan como consecuencia una pena.

Explicamos :

1o) Descripción Legal. La creación del tipo incumbe exclusivamente al legislador de acuerdo con el principio: Nullum Crimen, nulla poena sive lege, como lo estudiaron más adelante.

2o) Descripción Completa. Pues si el hecho real no coincide en alguno de sus elementos con los descritos en la "norma, o tipo" legal, no se dará ese tipo, sino otro, o ninguno. Por ejemplo, el artículo 364 del C.P. dice:

- 50 -

"Si se ha causado el homicidio por piedad, con el fin ..." Es imprescindible conforme a la disposición transcrita, que el motivo determinante haya sido la piedad y no otro, por noble que sea o se lo suponga. Si es otro distinto, no se podrá hablar de homicidio piadoso, sino homicidio simple, o incluso de asesinato. Tal si se da muerte, por ejemplo, a un inválido no por piedad sino para librarse de esa carga a la sociedad (número 60, Art. 363 del C.P.).

El Art. 397 del C.P. exige que la cosa sustraída en el hurto, sea ajena, si no es ajena sino propia, no habrá delito de hurto; cuando más podría hablarse de un delito imposible por falta de idoneidad del objeto material. Además, si la cosa no pertenece a nadie (*res nullius*), tampoco habrá delito, sino que se adquirirá legítimamente por el modo llamado "Ocupación" (Art. 685 del C.P.).

### 30) Descripción de los supuestos Objetivos y Normativos.

Supuestos Objetivos, son los que integran el Tipo objetivo, al cual pertenece todas aquellas características del delito que se concretan en el mundo exterior : "sustracción, acceso carnal, circunstancias temporales, especiales, etc., -

Supuestos Subjetivos, son los que constituyen el Tipo subjetivo, del cual forman parte todas aquellas características del maleficio que se desarrollan en el terreno psicológico :

intención, representación, sentimientos, emociones, etc.

Supuestos Normativos: el Tipo subjetivo y el objetivo no comprenden todos los elementos de la descripción legal, penal, sino que hay algunos que conceptualmente, no pueden involucrarse en una u otra categoría : por ejemplo, la ajenidad de la cosa en el hurto; la no veracidad del hecho, en el falso testimonio; el carácter de funcionario, en el peculado etc.; tales elementos se pueden llamar normativos en sentido amplio. Además, existen los elementos normativos de sentido estricto que implican la inclusión del aspecto antijurídico dentro del Tipo, como cuando se dice : "El que fuera de los casos permitidos por la ley", "Indebido", "Indebidamente", etc., solo los primeros hacen parte del Tipo, los segundos no.

La característica fundamental de los elementos citados, es la de que no están en relación causal con el movimiento corporal o actuación del agente. Así, la ajenidad de la cosa no es causada por el ladrón, ni el carácter de funcionario público, por el autor del peculado.

Supuesto que al subsumir el Hecho Real.-

Este hecho no es otra cosa que el comportamiento humano, objetiva y subjetivamente considerado. El acto humano, coincidente con el Tipo Legal-Penal, que se nos presenta en

la realidad con un contenido espiritual y uno material.

Lo primero en el orden natural es el elemento interno; el material o conducta externa es sine la materialización o manifestación del proceso animico. El Tipo legal penal es, pues, "una idea rectora para operar el proceso de subsunción de la realidad delictiva en el concepto descrito en la ley".

#### 4º) HECHO REAL VALORADO EN FORMA JURIDICO-

NEGATIVA.- Aquí hacemos referencia a la antijuridicidad, cuyo "Substratum Real", es el Tipo Objetivo. La antijuridicidad es un juicio. La apreciación que hace el Juez sobre la oposición existente entre el hecho realizado típico o coincidente con la norma, y el derecho. Tal juicio es de carácter objetivo, es decir, solo recae sobre la parte material o externa del comportamiento. Así si Pedro ocasionó la muerte a Juan, el Juez valorará ese exterior acontecer frente al ordenamiento jurídico para concluir si es o no injusto, según que esté o no aupando por una causal justificativa.

#### 5º) HECHO REPROCHADO A SU AUTOR.

Aquí hacemos referencia a la culpabilidad, cuyo "SUBSTRATUM REAL" es también la conducta típica. Al igual que la antijuridicidad, es también un juicio, pero no referido al comportamiento externo, sino al elemento interno de la conducta. La culpabilidad es el juicio de reproche que se ha-

ce el autor, en razón de que ha actuado con motivaciones reprochables, habiendo tenido la posibilidad de actuar como el derecho se lo exigía. Este aspecto ha sido resumido por Bolíg, en los siguientes términos. "Mediante el juicio de valor de que una acción es antijurídica, sólo se caracteriza en efecto, el aspecto externo, (conducta corporal) como contraria al orden jurídico. En cuanto el juicio de que alguien ha obrado "culpablemente" expresa un juicio valorativo sobre el aspecto interno (ánimico o según se dice, "Subjetivo") de la actuación; porque no se ha contemplado en la intimidad del agente, como debería haberse hecho conforme a las exigencias del orden jurídico, su conducta lo es "reprochable" a causa de esa deficiencia interna...."

De lo dicho se concluye que, para nosotros, el delito es la conducta típicamente antijurídica y el culpable. La antijuridicidad y la culpabilidad son juicios cuyo contenido es el Hecho Real Típico.

#### 60) SUPUESTOS QUE AL SUBSISTIR EL HECHO REAL, ENLAZAN COND CONSECUENCIA UNA PENA.

La pena es una consecuencia o efecto que se sigue al cumplimiento de los supuestos antecedentes, excepción hecha de los llamadas "Casos de Impunidad", caso en el cual aunque se cometió un delito, éste por especiales razones, se deja sin castigar.

**"EL TIPO COMO DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE RESERVA"**

Klein Verbreche Ohne Tatessstand, (Ningún Delito sin Tipo). El principio de reserva o legalidad se haya consagrado en nuestro sistema jurídico, entre otras, en las siguientes disposiciones: Art. 26 de la C. N.: "Nadie podrá ser juzgado, sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputó...."

Art. 28 ibidem: "Aún en tiempos de guerra, nadie podrá ser penado ex postfacto, sino con arreglo a la ley, Orden o Decreto en que previamente se haya prohibido el hecho..."\*\*

Art. 10. del C.P.: "Nadie podrá ser condenado por un hecho que esté expresamente previsto como infracción por la ley vigente, al tiempo en que se cometió, ni sometido a sanciones. Como ya lo señalamos, en la vida real se presentan una serie de hechos contrarios al Derecho. Antes no existía una determinación de las acciones que se estimaban delictuosas, y, como nos lo enseña Boling, "el Juez podía someter a pena toda acción que lo desagradara; pretendiéndola anti-jurídica y podía imponer arbitrariamente una pena grave o ligera, para toda acción estimada punible". Sin embargo, bajo la influencia del Derecho Penal liberal del Siglo XVIII, se logró "el que sólo ciertos modos de conductas antijurídicas, los típicos.

son suficientemente relevantes para la intervención de la retribución pública, y que además, deben todos ser colocados en una firme escala de valores". Así el legislador toma el monopolio de la facultad de construir los tipos y señalar las penas con exclusión de la costumbre y la analogía, y el Derecho Penal se reduce a un catálogo de tipos delictivos, con lo que se da una gran seguridad a los ciudadanos, quienes saben de antemano qué conductas no deben realizar para no incurrir en una sanción. La tipicidad de tales comportamientos consistirá, pues, simplemente en la adecuación al catálogo.

Algunos autores han sostenido que la tipicidad no es sino una circunstancia para afianzar el principio "Nullum Crimen", Nulla Poena sine lege". Que tal concepto no es erróneo, pero es ímitil. Luis C. Pérez, agrega : que tiene más sentido la noción de "cuerpo del delito", pues ésta comprende mejor los elementos, o si se prefiere la estructura del acto ilícito. "Cuerpo del Delito", es expresión que se ha aclimatado en nuestro sistema, aunque se lo haya tomado como suma de elementos y no como lo que ella enumera: integridad, unidad funcional. El cuerpo de algo es su composición global, su forma, y no un simple agregado de partes".

Nos apartamos radicalmente del criterio expuesto, por considerar que la tipicidad no es una circunlocución del principio de legalidad, sino el desarrollo lógico de dicha garantía. Una elemental consideración demuestra la verdad de lo que aseveramos: qué ganaría el conglomerado social con la anunciaciόn del tan traído principio, si no se describieran en cada uno de los tipos penales las conductas delictuosas? Qué seguridad tendrían los habitantes sabiendo que no hay delito sin ley, si no se dictara la ley que diga qué hechos son delitos? Por eso, con sobrada razón, dice Frins Caballero, que en Derecho Penal, la descripción es imprescindible y exhaustiva.

La tipicidad, o ajuste que debe existir entre el hecho real, y el precepto o tipo legal, es rigurosamente las conductas criminosas, lo que no ocurre en otros campos del Derecho, como el civil, el administrativo, el comercial, etc.

La única fuente de aplicación del Derecho Penal, es la Ley, o mejor el Tipo legal-penal. Donde falte la tipicidad o posibilidad de subsunción o encubrimiento del hecho del hombre, por la norma, jamás habrá "frente".

#### "EL TIPO NATURAL"

En la vida real se presentan, como ya lo estudia-

mos una serie de actos humanos contrarios al Derecho. Pues bien, no todo comportamiento humano contrario al Derecho, es delictuoso, sino únicamente aquél que es descrito por el precepto. En dichos actos humanos, lo repetimos, se distingue una faceta interna o psicológica, y una material, corporal o externa. Si pensamos que el tipo se limita a describir esas conductas que ofrece la realidad en sus aspectos objetivos y subjetivos, tendremos el concepto de tipo natural. El tipo sólo puede limitarse a describir hechos, y éstos son materiales o psicológicos. Así que avanzando un poco más, diremos que el "Tipo natural" constará de una parte objetiva (Tipo Objetivo) y de otra subjetiva (Tipo Subjetivo).

Es claro, y ésto hay que tenerlo muy en cuenta, que en el tipo no yace juicio valorativo alguno, él es apenas el substratum real, el contenido de las abstracciones que denominamos antijurídicas y culpabilidad. Expliquemos lo dicho con algunos ejemplos: "A" con intención de matar, dio para sobre "B", occasionándole la muerte. Esta conducta real, natural, encuadra en la descripción del Art. 362 del C.P.: "El Juez apreciará la parte objetiva del comportamiento, la colocará frente al ordenamiento jurídico y si no halla probada una causal justificativa, concluirá que la acción, además de típica, es antijurídica. Luego estimará el hecho psicológico (en el ejemplo, la intención de "A"). Se concluye que el agente no se lo podía exigir un comportamiento diferente al

observado (porque v.gr. "A", estaba amenazando de muerte por "C", si no cumplía el designio de matar a "B") no le reprochará su conducta y juzgará que no hay "delito" por ausencia de culpabilidad (insuperable acción ajena). Inevitablemente existe un hecho psicológico, (la intención, pero la voluntad está viciada, ya que el motivo por el cual "A" se resolvió a matar a "B" fue el temor; por tal razón, el Juez, al valorar el aspecto interno de la conducta, deberá concluir que esa intención no es dolo. Si por el contrario, el funcionario, al estimar el elemento subjetivo, infiere que "A" mató a "B" por venganza, le reprochará su comportamiento, le censurará no haber actuado como el derecho se lo exigía, teniendo la posibilidad de hacerlo. Así el juicio de culpabilidad eleva, como dice Mezger, el hecho psicológico a dolo reprochable.

Supongámos que el ejemplo propuesto se concluyera que "A", con el propósito de matar occasionó la muerte a "B", pero que actuó en legítima defensa de su vida.

La conducta, como se ve claramente, coincide tanto subjetivamente, como objetivamente, con la descrita en el artículo 262 del C.P. al convencerse el Juez de la juridicidad del comportamiento de "A", no podrá reprocharle el haber actuado como lo hizo y, por tanto, tendremos una conducta naturalmente típica, pero no antijurídica, no cul-

púble. El hecho psicológico (propósito) no se elevó a la categoría de delito.

En síntesis, que puede muy claro, para nosotros, el tipo es natural y se limita a describir las conductas humanas delictuosas, tal cual se presenta en la realidad psicológica y material.

#### "EL TIPO OBJETIVO Y EL TIPO SUBJETIVO"

Lo dicho hasta el presente, nos lleva a concluir que en el tipo legal penal, como definidor de conductas criminales, se debe distinguir una parte moral o interna, y una material o externa. A la faceta subjetiva llamaremos tipo subjetivo y a la externa, tipo objetivo.

#### PARTE OBJETIVA DEL TIPO.

Al tipo objetivo pertenecen aquellas características del reato que se concreta en el mundo exterior, perceptibles por los sentidos, al tipo subjetivo aquellas que están en lo interno del autor.

En este tipo, o mejor, en la parte objetiva del tipo, encontramos el núcleo constituido por el verbo típico; referencias al sujeto activo, al sujeto pasivo al objetivo, al tiempo, al lugar, y a la ocasión y a los medios.

Eas referencias se han llamado circunstancias de hechos, y circunstancias concomitantes, nosotros las llamaremos "Modalidades".

lo) NUCLEO DEL TIPO. Está constituido por el empleo del verbo principal o típico : Ocasional la muerte, sustraer, apoderarse, apropiarse, hacer uso indebido, etc. Es importante observar que este verbo puede no indicar, por si mismo, una conducta concretizadora de lo injusto, sino de naturaleza inocente que asume su carácter dentro del tipo delimitante y concrotizante de injusto, por el medio o la condición del sujeto pasivo. Así, dice el artículo 316- del C.P.: "El que somete a otra persona al acceso carnal..." Eso no basta, y es necesario añadir la referencia al medio empleado : ....Sin el consentimiento de éste, y delante violencia física o moral...."

Para que el tipo cumpla su verdadera función de señalar el injusto, ya que el mero hecho de someter al acceso carnal, es una conducta que no lo indica, esto es, que puede ser lícita. El inciso 2º. de la norma citada, dice: A la misma sanción estará sujeto el que tenga acceso carnal con un menor de catorce años... Aquí es menester la referencia al sujeto pasivo para determinar el injusto.

## MODALIDADES O CIRCUNSTANCIAS DE HECHO

El núcleo del tipo suele ir acompañado de ciertas referencias que deben darse para que la conducta sea criminal. Ellas hacen relación : "Al Sujeto Activo. Esta modalidad indica las condiciones que debe reunir el sujeto activo para que el hecho pueda imputársele, es decir, para que exista la completa coincidencia con la definición de la norma. La conducta como actividad humana que es, supone necesariamente un autor, un sujeto activo, un individuo a quien puede imputársele el acto criminal. De modo que podemos hablar de un sujeto activo típico. Esto sujeto puede ser :

1o) Singular. Así por ejemplo; "El que en cualquier forma cometa violación contra un empleado..." (Art. 184 del C.P.); "El que con el propósito de matar..." (Art. 187 del C.P.) "El que con el propósito de matar (Art. 362 - del C.P.) etc. Aunque en ocasiones se usa el plural, la misma norma nos indica que se trata de un sujeto activo - singular :"Los que promuevan, encabezan o dirijan un desmiento de armas..." (Art.139 del C.P.). En este la conducta puede ser realizada por una sola persona de suerte que el sujeto activo es singular. Lo mismo puede predicirse de los artículos 148, 239, etc. del delito - Código Penal.

2o) Plural. Esta pluralidad puede asumir dife-

rentes formas:

a) Simple Concurso: "Los que sin pretender el cambio violento del régimen constitucional existente..." (Art. 142 del C.P.), "Los que reunidos en forma tumultuaria y con el propósito de intimidar..." (Art. 144 del C.P.) "Los que se concertaron para cometer los delitos de rebelión o sedición..." (Art. 145 del C.P.), etc.

b) Concurso Recíproco. En estos delitos se requiere la presencia de dos o más personas cuyas acciones se encuentran. Así por ejemplo, el cohecho (Art. 160 del C.P.) donde son responsables tanto el que vende, la justicia, como el que la compra; ambos no son partícipes, sino sujetos activos de dos especies de cohecho (activa y pasiva). Lo mismo puede comentarse de los artículos 357 (incesto), 358 (bigamia), 287, etc. del C. P.

a) Al sujeto pasivo. La Ley en ocasiones exige determinadas calidades en el sujeto pasivo que éste sea típico, así: artículo 116 del C.P. (La Republita); Art. 117 ibidem (mujer virgen); artículo 319 ibidem (mujer mayor de catorce años); Arts. 325, 349, 369, etc.;

b) Al objeto Material. También a veces, para que pueda hablarse de tipicidad, se necesita que el objeto material sea de la naturaleza que oxigen el respectivo tipo. Así: Art. 276 (materias primas o productos agrícolas) Art. 397 (co-

en mueble)/ Art. 253 (Nave u otra construcción flotante); Art. 225 (Sellos) Art. 126 (La Bandera o el Escudo), etc.

c) Al Tiempo.

En general, las modalidades temporales especiales, ocasionales y los medios, no interesan a la tipicidad. Por ejemplo, no importa que el homicidio se cometa por los efectos de la calificación, de día o de noche; en poblado o despoblado; en día de fiesta u ordinario; con revolver o con puñal. No obstante, en algunos eventos; esos factores pueden determinar una calificación diferente. Tal ocurre por ejemplo, si el medio empleado es el veneno, la norma aplicable no será el Art. 362 del C.P., sino el 363 (numeral 5o).- El tipo que subsumirá esa conducta será el que define el asesinato y no el que describe el homicidio simple.

Lo anterior quiere decir que esas circunstancias cuando no interesan a la tipicidad, no tengan importancia para los fines del proceso, puesto que el Juez al hacer uso del arbitrio para aplicar concrétamente la sanción dentro de los límites señalados en cada disposición penal, debe tener en cuenta la gravedad y modalidades del hecho punible y las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, a más de la personalidad del agente, (Arts. 36 y 377 , numeral 6o. del C.P.)

Con todo, ciertas conductas se han instituido como criminosas, teniendo en cuenta modalidades referentes al tiempo, al lugar, a la ocasión, a los medios empleados. Así: Art. 125 (en tiempo de paz); Art. 126 (durante una guerra); Art. 127 (durante un conflicto armado); Art. 369 (en el momento de parte o dentro de los ocho días subsiguientes); Art. 391 (de noche), etc.

e) A la Ocasión. Art. 117 (en el caso de un conflicto armado); Art. 262 (con ocasión de un incendio, inundación, etc.) Art. 398, numeral 3º. (aprovechando una calamidad pública).

#### "TIPO NORMATIVO"

#### "ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO"

Señalamos anteriormente, que el tipo subjetivo y el objetivo, no comprenden todos los elementos de la descripción legal penal, sino que existen algunos que, conceptualmente no pueden involucrarse en una u otra categoría. En otras palabras, en el tipo podemos distinguir ciertos elementos de carácter objetivos; otros de carácter subjetivos y, además, en algunos tipos, elementos que estrictamente hablando, no pertenecen ni a la parte objetiva ni a la parte subjetiva del mismo. Su característica fundamental radica en que no obstante ser partes esenciales o no están en relación causal con la actuación o movimiento corporal. Estos elementos normativos comprenden dos categorías:

1o) Elementos típicos normativos en sentido amplio;

2o) Elementos normativos en sentido estricto. Los primeros son integrantes del tipo, es decir, son de naturaleza típica; los segundos, aunque están involucrados dentro del tipo, se relacionan intimamente con la antijuridicidad. Así por ejemplo, la ajenidad de la cosa en el robo o en el hurto, pertenece a la primera categoría, es parte integrante del tipo, pero no está en relación causal con la actuación del ladrón: la ajenidad no es causada por él. Pero cuando el Art. 208 del C.P. dice : El que fuera de los casos permitidos por la ley, impida... "Anuncia un elemento que no es de naturaleza típica, aunque esté inserto dentro del tipo, sino que se refiere a la antijuridicidad de la conducta.

#### 1o) ELEMENTOS TÍPICOS NORMATIVOS EN SENTIDO

AMPLIO. Estos no están en relación causal con la actuación del agente y, además, según Mezger, sólo puede ser determinados mediante una especial valoración de la situación de hecho, un juicio especial.

De acuerdo con la naturaleza del juicio, dividiremos estos elementos así :

a) Aquellos que exigen un Juicio puramente cognitivo como es la verdad o falsedad de una afirmación, por ejemplo, en los delitos de perjurio y contra la integridad moral.

- b) Aquéllos que exigen una valoración jurídica, como el hurto, y en el robo; el carácter de funcionario o empleado público, el de documento público, privado, instrumento negociable, etc.
- c) Una valoración empírico-cultural, como el pudor, la honestidad, obsequio, el menoscabo, la reputación, la profanación, etc.;
- d) Una valoración cuantitativa, como el carácter de crónica.

20.) ELEMENTOS NORMATIVOS STRICTU SENSU. Son referencias a lo antijurídico, involucradas en las descripciones típicas de algunos delitos por medio de expresiones tales: "indebidamente", "sin justa causa", "sin derochar", "abusando de su cargo", etc.

Se ha criticado por los tradicionales, la inclusión de estos elementos en la tipificación típica, atribuyéndose a una falta de técnica, ya que la injusticia o antijuridicidad, es característica esencial de todo maleficio. Al respecto, es necesario recordar que los clásicos insertaron en su definición de homicidio el elemento "injusticia". Los códigos modernos, entre ellos el nuestro, no mencionan tal aspecto en la descripción del homicidio y, sin embargo, se entiende que si un hombre con el propósito de matar, ocasiona la muerte a otro y no existe causal que justifique su conducta, este será delictuosa; tal ex-

presión no ha sido necesaria.

Sobre las razones que tuvo el legislador para incluir tales referencias a la antijuridicidad dentro del tipo no concuerdan los autores. Mezger sostiene que la antijuridicidad no es típica, ni en los casos en que se le describe en el precepto penal; las expresiones fuera de los casos permitidos por la ley y otras de la misma naturaleza, según este autor supone simplemente "la indicación hecha al Juez, de que en tales casos, examine con especial cuidado si existe una posible causa de exclusión del injusto". Miggiole dice que tales elementos indican que por algunos delitos existen causas especiales de justificación. Florián afirma que "mientras se presume siempre en el agente la conciencia del acto ilícito, en la hipótesis de la antijudicidad especial, es necesario que se demuestre la conciencia de esa antijuridicidad, si falta, la cual no habrá delito por carecer del elemento subjetivo". Núñez siguiendo a Soler y a Von Hippel, señala que las mencionadas referencias a la antijuridicidad, solo tienen por finalidad específica la de exigir que el autor obre "a sabiendas" del carácter de su hecho. Jiménez de Asua asevera que se trata de "implicancias del legislador que en vez de contentarse con una mera descripción objetiva a la que pueden añadirse las indispensables modalidades y referencias la acción y sus correspondientes elementos subjetivos ha insertado anticipadamente la valoración normativa.

Por nuestra parte consideramos que la inclusión de elementos normativos "Strictu Sensu" dentro del tipo, no obedece a un puro capricho del legislador, sino que ellos cumplen una esencial función dentro del proceso penal.

En otra parte de esta monografía sentamos el principio de que la tipicidad hace presumir la antijuridicidad. Así, si se comprueba que "A" ocasionó la muerte a "B", se presume que lo hizo injustamente, a menos de prueba contraria. El Juez en tal caso, y conforme al correspondiente artículo del C.deP.P....está obligado a investigar (no a encontrar los hechos y circunstancias que justifiquen la conducta). Si no encuentran la prueba de la causal justificativa, se presume la antijuridicidad. Pero cuando la valoración normativa está inserta en la descripción típica, no opera la presunción de antijuridicidad. Esto encuentra su razón de ser en la naturaleza misma de las conductas definidas: efectivamente hay comportamientos que de ordinarios son jurídicos - secundum jus ejecutados por ciertas personas o aún por todo el conglomerado social. Por ejemplo, introducirse en habitación ajena; imponerse del contenido de la correspondencia de otra persona, tener conocimiento del contenido de un documento, hacer uso de caudales por parte del funcionario encargado de recaudarlo o administrarlos; constreñir o inducir a alguien a pagar impuesto por parte del funcionario respectivo.

ejercer funciones públicas de cualquier clase ; privar de la libertad a alguno, por parte del funcionario que tiene tal atribución; y así en otros muchos casos. En cambio hay otras conductas y comúnmente son injustas cualesquiera que sea la persona que las ejecute. Así, por ejemplo, ocasionar la muerte a otro, sustraerse una cosa mueble ajena sin el consentimiento del dueño, someter a otra persona al acceso carnal sin su consentimiento, causar a otro un daño en el cuerpo o en la salud o una perturbación psíquica, etc.-

#### CONSECUENCIAS DE LA AUSENCIA DE TIPICIDAD OBJETIVAS Y NORMATIVAS.

Hemos explicado ampliamente, que para que haya delito no es suficiente que un hecho de la vida real sea antijurídico o contrario a derecho, sino que también debe ser típico. Por ende, si no hay tipicidad, no habrá roto. Hemos señalado también, que la coincidencia entre el hecho real y la descripción que hace el tipo penal ha de ser completa y exacta. Cuando falta ese ajuste, puede ocurrir que no se dé el tipo que se tuvo en cuenta, sino otro o ninguno: ésto es lo que se llama ANTIPICIDAD.

Como se recordará nosotros dividimos el tipo en tres sectores : OBJETIVO; NORMATIVO y SUBJETIVO. Bien, estudiados los dos primeros, procederemos a dilucidar los problemas relacionados con la ausencia de las tipicidades objetivas y normativas.

### 10) AUSENCIA DE TIPICIDAD OBJETIVAS.

Siguiendo el mismo sistema que llevamos al estudiar el tipo objetivo, veremos los efectos que se siguen a la carencia de cada uno de los elementos que comprende : "núcleo, sujeto activo, sujeto pasivo, objeto, tiempo, lugar, ocasión y medios".

#### a) Ausencia del núcleo ó verbo típico.

Para que haya tipicidad y, por tanto, delito, es menester que se cumpla la actividad que señala la norma. Así, antes de dictarse el Decreto 1699 de 1964, hecho de dejar sin asistencia económica o moral a determinadas personas, no era considerado como conducta antisocial. En realidad la falta de núcleo del Tipo se confunde con la absoluta carencia de tipicidad. Muy frecuentes son los casos en que la alteración del verbo típico, implica un cambio de inclinación. Así característica de hurto es la "sustracción"; del robo, el "Apoderamiento"; de la extorsión, "Hacerse entregar"; el abuso de confianza"; "Apropiarse", etc.

#### b) Ausencia de Tipicidad por falta de Sujeto Activo.

Dijimos que esta modalidad del tipo se refiere a las condiciones que deben reunir el agente del delito para que el hecho pueda imputárselo, lo que implica que no reúne dichas cualidades, el caso será antípico. Por ejemplo, el Art. 151 del C.P. exige para que pueda configurarse la especie de peculado allí descrita, que el sujeto activo sea un fun-

cionario público, Si quien comete la acción expresada por el verbo típico no tiene tal calidad, podrá darse otro delito (por ejemplo) abuso de confianza, pero no peculado.

c) Ausencia de Tipicidad por falta de Sujeto Pasivo.

Las consecuencias que acarrea la carencia de un sujeto pasivo típico, pueden inferirse de los siguientes ejemplos : para que se configure el delito de "Violencia Carnal" de que trata el inciso 2o. del Art. 316 del C.P. es necesario que el sujeto pasivo sea una persona menor de catorce años; si tiene v.gr. dieciocho años & consintió el acceso carnal, no habrá delito. Lo mismo, sujeto pasivo de la primera forma de estupro (inciso 1o. del Art.319 del C.P.) puede ser únicamente la mujer mayor de catorce años, si no se da esa condición, no se tipificará el estupro.

d) Ausencia de Tipicidad por falta de Objeto Material.

Para que pueda darse el requisito de la tipicidad, la ley exige, a veces, que el objeto material sea de determinada naturaleza. Así, por ejemplo, para que se tipifique el maleficio descrito en el Art. 276 del C.P. es monester que se destruyan materias primas, productos agrícolas, etc. Si lo que se destruye no son los objetos que señala el precepto sino otros diferentes naturales, podrá

45542

podrá estructurarse una infracción diferente, pero no contra la economía nacional. Así, si se destruye la correspondencia podrá tipificarse el roto definido en el Art. 304 (violación de correspondencia); si la bandera, el escudo o cualquier otro empleo de la Patria, el tipificado en el Art. 126 (ultraje a los empleos patrios); si las vías férreas, el desarrito en el Art. 256; si los objetos destinados al culto religioso, el definido en el Art. 314 (ultraje a los objetos simbólicos del culto), etc.-

e) AUSENCIA DE TIPICIDAD POR FALTA DE LAS MODALIDADES TEMPORALES Y ESPACIALES.

En el lugar oportuno manifestamos que las modalidades referentes al tiempo, al espacio, a la ocasión y a los medios, generalmente, no tienen relevancia penal tipificadora. Espero, en ciertas conductas, tales circunstancias son parte integrante del respectivo tipo penal en forma que si faltan, se tendrá una conducta atípica. Así, el Art. 316 del C.P., exige que la madre cause la muerte al hijo en el momento del parto o dentro de los ocho días siguientes, para que pueda estructurarse el infanticidio. Si no se cumple este requisito temporal, no se tendrá el infanticidio, sino que el homicidio habrá de calificarse como asesinato (mínimo lo del Art. 363 del C.P.). El Art. 247 del Código Penal, dice: "El que ....ofenda el pudor con actos ejecutados en lugar público, o abierto al público...." Si no se da ese requisito

de la publicidad del lugnr, no se ofenderá el sentimiento  
público de pudor.

---

## C A P I T U L O VI -

"LA ANTIJURIDICIDAD COMO ELEMENTO DEL  
DELITO"

Nillum Crimen Sine Injurie

Para que haya delito no es suficiente que el comportamiento humano coincida con la definición de la norma penal, si no que ha de estar en oposición con el Derecho, con el ordenamiento jurídico.

Carrara, como ya lo señalamos, habla de "disonancia armónica", con lo que indica tanto la adocuación a la norma, como la violación del Derecho. Sin embargo, esta concepción de antijuridicidad, que es la dada por muchos tratadistas (y que es muy útil desde el punto de vista del Derecho positivo, ya que se resuelve en una fórmula jurídico-negativa, considerando como contrario a Derecho lo que no está amparado por una causal justificativa), es tautológico, pues, decir que lo antijurídico es lo contrario a Derecho simplemente equivalente a cambiar un término por un sinónimo,

Determinar cuál es la naturaleza de lo antijurídico, es pisar ya el terreno de la filosofía. Los partidarios del jusnaturalismo nos dirán que es antijurídica aquella conducta que viola los principios universales e inmutables.

blos impresos por Dios en la conciencia de las criaturas racionales, pero que no todos los actos contrarios a esas principios serán anti-jurídicos, "sino únicamente aquellos que amenazan seriamente el orden de la vida comunitaria". Otros autores como Mayer (seguido por Jiménez de Asúa), nos afirmarán que "lo injusto es lo que se opone a la norma de cultura, en el Derecho se basa, y que se hallan reconocidas por el Estado."

Sin profundizar en materia tan discutible, consideremos que en la conciencia del hombre ha existido siempre un principio universal e inmutable: el concepto del bien y del mal, cuyo contenido cambia de acuerdo con la evolución cultural. En determinados lugar y momento histórico, ciertos comportamientos son estimados buenos y otros malos. Así, hubo grupos humanos que consideraron y aún hoy consideran como buena la ontropofagia, llegando incluso a creer que era el medio idóneo para adquirir las virtudes de la virginidad; de modo que los sacrificios humanos fueron buenos, como todos los sabemos, en un momento determinado de la evolución cultural de la humanidad. Hoy esa conducta semeja hacer mala; bárbara. Lo mismo puede decirse de la hechicería que fue en la Edad Media el más terrible crimen y que se estima por el ordenamiento jurídico de nuestros días como una mera infracción policial sancionada con multa de

dios a quinientos pesos (Art. 394 del Código de policía de Cundinamarca).

Por las razones expuestas, nos parece aceptable la definición de antijuridicidad dada por mayor, seguido por Jiménez.

#### ANTIJURIDICIDAD MATERIAL Y ANTIJURIDICIDAD FORMAL.

En este terreno se disputan en el campo dos tendencias : la de aquellos que creen en la existencia de una antijuridicidad formal y la de quienes consideramos que sólo existe la antijuridicidad material.

Entre los representantes de la primera corriente, tenemos a los siguientes :

Von Liszt "El acto es formalmente contrario al Derecho, en tanto que es la transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico. El acto es materialmente ilegal, en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad." Maggiore por su parte, sostiene que fuera de la antijuridicidad formal (o sea la relación de contrariedad entre el hecho y la ley penal) existe una antijuridicidad real y material, por la cual un hecho es intrínsecamente antijurídico, y remiten a la definición que dió de delito.

Cuello Calón, afirma : la antijuridicidad resultando de la oposición entre el hecho y la norma penal, es llamada antijuridicidad formal. La lesión de bienes jurídicos o peligro de ella, consecuencia de la infracción de la norma penal, constituye la llamada antijuridicidad material. Hay pues en la antijuridicidad un doble aspecto: la revolución contra la norma (antijuridicidad formal) y el daño o perjuicio social causado por dicha revolución (antijuridicidad material). Gaitán Mahocha, asevera, "Una conducta es formalmente a cuan-  
do presenta la violación o menor, la educación a una norma de Derecho Penal, sin que ocurra causal alguna, establecida en la ley que la justifique; y es materialmente antijurídica en cuanto constituye la violación del derecho que está amparado en la misma norma descriptiva.

Los que niegan la existencia de una antijuridicidad formal, han expuesto como principal argumento, el de que allí no es sino la misma tipicidad, la adecuación al Tipo legal-penal, desprovista de todo sentido de valoración. Efectivamente, la antijuridicidad supone un juicio, una valoración sobre la contradicción existente entre la conducta humana típica, y el Derecho, en tanto que la tipicidad es simplemente la coincidencia entre el hecho real y la descripción legal, independiente de cualquier valoración. Para dichos autores, opinión que compartimos; la única antijuridicidad es la material.

## C A P I T U L O VII-

## CONCLUSIONES :

Hemos comprobado, en el curso del análisis de la estructura del delito, que la carencia de cualquier elemento, de cualquier naturaleza, hace que no se configure ningún delito, o que se tipifique uno diferente al diagnosticado por el funcionario, o que se agrave o atempe el crimen cometido. De donde todos los elementos del reato son de idéntica importancia, se integran para estructurar una unidad, un todo, en forma que cada uno de ellos, no puede ser apreciado sino en función de los demás.

Manzino, refiriéndose al aspecto material y psíquico del maleficio, resume así este pensamiento: "puesto que tales elementos son todos iguales y absolutamente necesarios para concretar el delito, la falta de uno solo de ellos, o hace el hecho penalmente indiferente, o bien lo transfiere bajo un diverso título delictivo".

De lo dicho se deduce que el funcionario en el proceso penal, debe encaminar su actividad a demostrar todos y cada uno de los elementos objetivos (muerte, sustracción, piedad, etc.), y normativos (funcionario, ajenidad, etc.), del comportamiento descrito en la ley; y además, los hechos que permitan inferior la juridicidad o antijuridici-

dad y la culpabilidad o exculpación de ese hecho típico. Así, por ejemplo, no tendrá que demostrar que "A" le ocasionó la muerte a "B" (por medio de confesión, testimonios, necropsia, etc.), sino también cuál fue el proceso psíquico del agente, cuando disparó (intención, previsión, negligencia, piedad, celos, etc.). Pero no se detendrá ahí su actividad, sino que inquirirá si ese comportamiento fué justo, para lo cual indagará sobre la existencia o inexistencia de una causal justificativa. Supongamos que, en el caso, el Juez concluyera que "A" con intención de matar disparó sobre "B" ocasionándole la muerte y que su comportamiento no está amparado por una causal justificativa. Llegará hasta ahí su actividad? No; sino que deberá buscar las pruebas tendientes a demostrar la culpabilidad o inculpabilidad de la conducta. En el evento "A", pudo matar a "B", porque "C" lo había amenazado con matarlo si no cumplía su designio.

Sígase o no la noción dogmática del delito, tendremos que aceptar las anteriores premisas, pues ellas encuentran asidero en nuestro propio jurídico-penal.

## BIBLIOGRAFIA :

- ANTONIO QUINTANO RIPOLLES -----Compendio de Derecho Penal  
ENRIQUE PESCINA -----Elementos de Derecho Penal  
LUIS JIMENEZ DE ASUA-----Tratado de Derecho Penal  
FRANCISCO CARRARA-----Programa de Derecho Criminal  
CARLOS FONTAN BALESTRA-----Manual de Derecho Penal  
FEDERICO PUIG PEÑA-----Derecho Penal  
ENRICO FERRI-----Principios de Derecho Criminal  
VISCENZO MANZINI-----Tratado de Derecho Penal  
ADOLFO DE M. GARCILÓPEZ-----Derecho Penal  
LUIS C. PÉREZ-----Derecho Penal Colombiano  
TRATADOS PREPARATORIOS DEL NUEVO CODIGO PENAL  
JAVIER ALVA -----ANUARIO DE DERECHO PENAL  
RAFAEL FARÍA-----Psicología  
ARTURO VALENCIA ZEA-----Conferencias de Derecho Civil  
SEBASTIAN SOLER -----Derecho Penal Argentino  
FRANCISCO CARNELUTTI-----Teoría General del Delito  
ANTONIO V. ARENAS-----Comentario al Código Penal Col.