

DIVERSOS CONTENIDOS DE LA
ESTRUCTURA DEL DELITO

A propósito de la reforma del Código Penal

Por:

NODIER AGUDELO BETANCUR.

Profesor de Derecho Penal de la
Universidad de Antioquia.

El presente trabajo corresponde a la conferencia que en la sede del Colegio Antioqueño de Abogados (Colegas) dictaran el autor y el Dr. Juan Fernández Carrasquilla el día 26 de Mayo de 1977 sobre la Estructura del Delito en los Proyectos de Código Penal Colombiano. El cuerpo superior del escrito corresponde a la versión mecanográfica de la conferencia. En notas de pie de página hemos querido ampliar o clarificar algunos conceptos que debido al decurso de la exposición oral pudieron no quedar suficientemente claros o que en todo caso, merecen una explicación.

Posteriormente, pretendemos publicar también la exposición del Dr. Fernández Carrasquilla. Agradecemos aquí a nuestro discípulo **Guillermo Villa** a quien se debe la transcripción de la exposición.

En la exposición parto de la base de que ustedes conocen la estructura del delito definido como acción típica, antijurídica y culpable.

Básicamente puede decirse que hay tres estructuras del delito, estructuras del delito que se han edificado sobre diferentes conceptos o estructuras de acción. Las estructuras del delito mayormente conocidas —y haremos referencia en especial a la dogmática alemana por ser hoy en el mundo la predominante— son: La Estructura Clásica, la Estructura Neoclásica y la Estructura Finalista (1). Voy a hacer una somero análisis de estas estructuras del delito; al final haré una referencia al esquema del delito que en reciente artículo publicado, ha esbozado el Dr. J. FERNANDEZ CARRASQUILLA, y ya a él corresponderá, en detalle, presentar su esquema particular y ver en que medida su esquema puede adaptarse, o no, al Proyecto de Código Penal Colombiano de 1976.

He afirmado, pues, que el delito es una acción típica, antijurídica y culpable. Una misma estructura del delito tienen los tres esquemas. En el sistema clásico (2) del delito, sistema que arranca con FRANZ von LISZT, con BELING y, en parte con MEZGER, el delito es acción típica, antijurídica y culpable; lo mismo afirma el sistema neoclásico con MEZGER, en la segunda parte de su evolución conceptual. Y también que el delito es acción típica, antijurídica y culpable, sostiene el padre del finalismo HANS WELZEL. Lo que sucede es que al mismo esquema del delito como acción típica, antijurídica y culpable, se le puede dar distintos contenidos. Y eso es importante saberlo porque, se afirma en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal, (3) que se sigue la estructura dogmática del delito, para estar a tono con los últimos avances en el campo de la teoría del delito. Digo que es importante saber cuál es el contenido de la estructura del delito presentada para, en consecuencia, saber si estamos o no con los mejores avances de la dogmática (4)

1. Una exposición sistemática de los tres esquemas, puede verse en HANS-HEINRICH JESCHECK, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Duncker Hamblot, 2ª Ed. Berlín, 1972, págs. 154 a 164; CARLOS FONTAN BALLESTRA, La Misión de Garantía del Derecho Penal, Depalma, Buenos Aires 1950; del mismo, Esquema de la evolución dogmática de la Teoría del Delito, Nuevo Pensamiento Penal, año 3, 1974, Homenaje a Hans Welzel; Depalma, Buenos Aires 1974, pág. 81 y siguientes; RICARDO C. NUÑEZ en Homenaje a José Pico, Editorial Universidad de la Plata, 1974, págs. 281 a 287.

2. Cuando hablamos aquí de Sistema Clásico, no nos referimos al esquema de la Escuela Clásica Italiana, de CARRARA, PESSINA, BRUSA, etc. Queremos aclarar que hacemos referencia con ello a la Dogmática Alemana.

3. Proyecto de Código Penal Colombiano, 1976. Ministerio de Justicia, Bogotá, 1976, página 88.

4. La estructura del delito y su contenido, se constata en los siguientes artículos del Proyecto y Anteproyecto:

Artículo 2º. Proyecto del 76: "Para que un hecho sea punible debe ser típico, antijurídico y culpable" Si se confronta este artículo con el 19, 20 y 39, especialmente, se llegará a la definición mencionada. En el Proyecto del 74, depárese en los artículos siguientes:

Artículo 4º Principio de tipicidad. La ley penal debe describir el hecho punible de manera inequívoca, sin dejar duda sobre los elementos constitutivos que lo integran.

He afirmado también que los distintos esquemas del delito se erigen sobre los distintos conceptos que de acción se tiene. En efecto; comencemos con el Sistema Clásico del delito. Aquí se afirma que el delito es acción. Pero veamos en qué forma se entiende tal concepto.

SISTEMA CLASICO

Concepto Causal de Acción

Para FRANZ von LISZT, acción es la modificación voluntaria del mundo exterior perceptible por los sentidos (5). Este es un concepto de acción elaborado sobre la base de un concepto mecánico de acción en donde lo que importaba era la modificación del mundo exterior, causada de manera voluntaria. BELING, otro representante del sistema clásico afirma que acción es un comportamiento humano voluntario (6); por "voluntario" se entiende "voluntariedad" (7), no siendo igualables ambos conceptos (8).

Me explico: según el concepto causal de acción, únicamente se requiere para su existencia y como elemento integrante y constitutivo, la voluntariedad, es decir, para la existencia de tal concepto se necesita sólo que el sujeto no haya obrado determinado por una vis absoluta. El contenido mismo de la voluntad importa en el campo de la culpabilidad (9). Veámoslo con un ejemplo: Percibimos que un sujeto ha disparado un arma de fuego contra otro. Cuando nosotros percibimos y podemos afirmar que este sujeto no ha estado dominado por una vis absoluta dicen los partidarios del concepto causal de acción y los partidarios, por tanto, del concepto clásico del delito, allí hubo una acción, hubo voluntariedad (10). Si el sujeto quiso o no quiso matar, si previó o no previó que de su comportamiento podía haber una

Artículo 5º. Principio de antijuridicidad. Para que una conducta sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro sin justa causa, el interés jurídico tutelado en la norma legal.

Artículo 6º. Principio de culpabilidad. Para que una conducta sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. ANTEPROYECTO DEL CODIGO PENAL COLOMBIANO. 1974, edición oficial revisada y dirigida por el profesor ALFONSO REYES ECHANDIA, Bogotá, Junio de 1974.

5. De "actuación voluntaria trascendente al mundo exterior", habla von LISZT, en su Tratado de Derecho Penal, Ed. Madrid 1927, Tomo 2, pág. 262.

6. Die Lehre von Verbrechen, Tubingen, J. C. B. Mohr, 1906, pág. 9.

7. ERNST von BELING, Esquema de Derecho Penal. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944, págs. 19 y 20.

8. HANS WELZEL: El nuevo sistema de Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, Ariel, Barcelona 1964, pág. 28.

9. ERNST von BELING, Die Lehre von Verbrechen, cit., pág. 10. "Así entonces, el querer como elemento del concepto de acción, debe ser entendido como absolutamente incoloro". Para que haya acción, suficiente es haber querido. El contenido del querer, es una pregunta que se hace en la culpabilidad, pág. 11 op., cit.

10. BELING exige para la existencia de la acción un "comportamiento corporal producido por el dominio sobre el cuerpo" y entiende por esto, "libertad de inervación muscular, "voluntariedad". Esquema de Derecho Penal, cit. pág. 19.

lesión, eso importa en el campo de la culpabilidad, porque el delito es acción típica, antijurídica y culpable, y la culpabilidad estudia el elemento subjetivo del delito. Dentro del sistema clásico del delito, todo lo subjetivo pertenece a la culpabilidad y lo objetivo pertenece al campo de la tipicidad y la antijuridicidad (11).

Este concepto causal de acción sostenido por los partidarios del sistema clásico, trajo pues una gran división dentro del esquema del delito, la división del aspecto objetivo y subjetivo. Pero, ¿qué es la culpabilidad? Para aquellos la culpabilidad se resuelve en dolo y en culpa (12). La culpabilidad es un nexo psicológico que hay entre el sujeto, entre el autor, y el hecho. La imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad. Repito, la culpabilidad es un nexo psicológico que se resuelve en dolo y culpa, dolo y culpa son grados de culpabilidad en cuanto que el dolo y la culpa representan diferentes vinculaciones entre el autor y el hecho. A ERNEST BELING se se imputa la concepción objetiva del tipo, consecuencia del concepto causal de acción, y que a su vez tenía como consecuencia determinado concepto de culpabilidad.

La Culpabilidad Normativa (13)

Pero en 1907, REINHARD FRANK escribió un opúsculo que tituló "Acerca de la Estructura del Concepto de Culpabilidad" (14). En este pequeño libro dijo y demostró que muchas veces había nexo psicológico entre autor y hecho y sin embargo no se podía decir que hubiera culpabilidad. Y demostró también que frente a una misma constatación de vinculación psicológica entre autor y hecho, podía haber diferentes grados de culpabilidad según las circunstancias. Y había un ejemplo que para modernizarlo lo podríamos

11. Sobre esta escisión, véase RICHARD BUSCH, *Modernas transformaciones en la Teoría del Delito*, Temis, Bogotá, 1970, págs. 11 y 12; HELMUTH von WEBER, "Para la Estructuración del Sistema del Derecho Penal", en *Doctrina Jurídica*, Universidad Católica de La Plata, La Plata, Argentina, N° 108, 2 de Marzo de 1973, pág. 1.

12. La Tipicidad era una característica objetiva, pues el tipo era la descripción externa del comportamiento sin predicado de valor alguno: "el tipo del delito no es más que un contorno (perfil) objetivo. Para su existencia es suficiente que la acción, externamente se presente como típica, como "muerte de un hombre". BELING, *Die Lehre von Verbrechen*, cit. pág. 178.

La Antijuridicidad surge en este sistema de la contradicción objetiva de la conducta con las disposiciones del ordenamiento jurídico como totalidad.

El concepto de Culpabilidad abarca todo el aspecto subjetivo del suceso. La conciencia de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad.

13. Hablamos de "culpabilidad normativa" y entendemos sólo los inicios de tal teoría, pues veremos, este era un causalismo sicologista en el sentido de que aún para FRANK el dolo y la culpa seguían en la culpabilidad como elementos. El juicio de reproche era un plus, lo nuevo aportado por FRANK. El concepto de acción, sin embargo, no cambió. La estructura del delito permanece igual, sólo que el contenido de la culpabilidad aparece con un ingrediente más: la reprochabilidad.

14. *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*. Esta obra ha sido traducida al español (traducción de SEBASTIAN SOLER), con el título de "Estructura del concepto de Culpabilidad". Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Chile, 1966.

presentar de la siguiente manera: un empleado de un banco (el mensajero) se apropia de determinada suma de dinero porque tiene su esposa grave, tiene cinco o seis hijos, está en una pésima situación económica. Otro empleado tiene una situación económica boyante y se apropia de la misma suma de dinero para dedicarse a la "vida muelle y sibarita"; hay en los dos casos una misma vinculación psicológica pero, dice él, inclusive dentro de un concepto vulgar de culpabilidad, necesariamente, en el uno hay más culpabilidad que en el otro (15). Y se comenzó a elaborar un concepto de culpabilidad como reprochabilidad. Y ya la culpabilidad comienza a ser entendida no como un simple vínculo psicológico entre el autor y el hecho, sino además, como un juicio de reproche. En el Código Penal Alemán, el estado de necesidad, (al menos uno de los casos del estado de necesidad) era causal de inculpabilidad (16). Con base en esto afirmó FRANK que, a veces, no obstante que existe vinculación psicológica entre el autor y el hecho, (pues quien mata a otro en estado de necesidad, al fin y al cabo sabe que mata) no existe culpabilidad.

Luego, si habiendo nexo psicológico no hay culpabilidad, no puede esta agotarse solamente en una vinculación psicológica, sino que la culpabilidad es algo más, es juicio de reproche (17). Ahora bien, él dijo que la culpabilidad era un juicio de reproche y tenía como sus elementos la imputabilidad, el dolo y la culpa y la exigibilidad de la conducta. Vemos entonces, al dolo y a la culpa todavía, como en el sistema clásico del delito, ubicados en la culpabilidad. Solo que la culpabilidad ya no es mera vinculación psicológica sino que también es juicio de reproche (18). Y esto es muy importante porque fue una de las maneras como se comenzó a resquebrajar todo el sistema clásico ideado por LISZT, BELING, RADBRUCH, en su principio básico: Todo lo objetivo en el delito es tipicidad y antijuridicidad y todo lo subjetivo es culpabilidad, y ésta es mera vinculación psicológica (19).

15. "Si bien ambos saben que se apoderan ilícitamente de dinero ajeno, de manera que en cuanto hace al dolo no media diferencia alguna, todo el mundo dirá que al cajero le alcanza mayor culpabilidad que al cartero", op cit. pág. 13. Esto no solo rige para los comportamientos dolosos, sino también para los culpables: es más reprochable el guardagujas que después de un prolongado descanso, al iniciar el servicio, pone mal el desvío, que el compañero que incurre en la misma falta por fatiga después de una larga jornada de trabajo.

16. Y todavía lo es en el Código Penal de 1975, artículo 35 St-GB- Vergleich, Deutscher Taschenbuch, Munich, 1975. Si no se agota en una mera vinculación psicológica, "es preciso concebirlo (el concepto de culpabilidad) de tal modo que tome en consideración las circunstancias concomitantes y la imputabilidad". FRANK, op. cit. pág. 25.

17. FRANK, op. cit. pág. 29.

18. Frank, op. cit. págs. 30 y 31. La culpabilidad es pues, en FRANK, un concepto heterogéneo, en el que el dolo y la culpa (antiguas formas de culpabilidad), pasan a ser elementos de la culpabilidad.

19. En resumen, la culpabilidad como vinculación psicológica era insostenible: a) de un lado, como se ha dicho, había casos en los cuales había vínculo y sin embargo no había culpabilidad. b) De otro lado, en la culpa inconsciente, no había tal vínculo y sin embargo se afirmaba la existencia de la culpabilidad. Las dificultades que entrañaba la culpa inconsciente como culpabilidad fueron

Los Elementos subjetivos del tipo

Digo que la culpabilidad como reprochabilidad fue una de las maneras como se comenzó a derrumbar el sistema clásico del delito porque, de otro lado, aquello de que la tipicidad y la antijuridicidad son objetivos y que todo lo objetivo pertenece al tipo y a la antijuridicidad, y todo lo subjetivo a la culpabilidad, también se resquebrajó con el descubrimiento de los elementos subjetivos del tipo (20).

ALBERT FISCHER en 1911, escribió un libro sobre "La antijuridicidad" (21), especialmente referida al derecho privado, donde decía que la antijuridicidad muchas veces dependía de que existiera o no en el comportamiento determinado elemento subjetivo. NAGLER, también en 1911 plantea la "antijuridicidad fundamentalmente objetiva" pero reconoce la existencia de elementos subjetivos a veces necesarios para la existencia de la antijuridicidad (22). En 1914 HEGLER (23) y MAX ERNST MAYER en 1915 siguen desarrollando tal teoría. Con SAUER en 1924 y con MEZGER en 1926 (24), culmina la elaboración de los Elementos Subjetivos del Tipo y de los Elementos Subjetivos de la Justificación. En resumen, lo que esos autores afirmaron fue lo siguiente: No es cierto que la tipicidad sea objetiva

vistas por la doctrina, la cual se dividió en la solución del problema: algunas afirmaban que en el delito culposo había una instancia dolosa (STUBEL, FEUERBACH, BERNER, R. KOSTLIN, ABEGG, TOHN, BINDING y RADBRUCH); otros, por el contrario, excluyeron el delito culposo del Derecho Penal (ALMENDINGEN, HERTZ). Sobre esto, véase JUAN BUSTOS RAMIREZ, Culpa y Finalidad, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1967, págs. 15 y 16.

20. Respecto a este punto, puede consultarse: MIGUEL POLAINO NAVARRETE, Los elementos subjetivos del Injusto en el Código Penal Español, Anales de la Universidad Hispalense, publicaciones de la Universidad de Sevilla Nº 13, Sevilla 1972.

Sobre la evolución de los elementos subjetivos del tipo puede verse con gran provecho: JUAN CORDOBA RODA, Una nueva concepción del delito, la doctrina finalista, Ariel, Barcelona 1963, págs. 21 a 24.

Es importante anotar, desde luego, que no es lo mismo la problemática de los elementos subjetivos del tipo y la de los elementos subjetivos de la justificación. Ambos, los elementos subjetivos del tipo y los elementos subjetivos de la justificación, llegaron a demostrar, sin embargo, lo insostenible del axioma clásico: lo objetivo pertenece al tipo y la antijuridicidad, lo subjetivo a la culpabilidad.

21. HANS ALBRECHT FISCHER, Die Rechtswidrigkeit, reeditada en 1966 (Sauer-Auerman, Frankfurt-Main). Realmente, primero fue la aceptación de los elementos subjetivos de la antijuridicidad, luego, al llegarse a la conclusión de que el tipo era **fundamentador** de la antijuridicidad, se habla del Tipo de Injusto y de elementos subjetivos del tipo.

22. Sobre la posición de NAGLER, véase, MIGUEL POLAINO NAVARRETE, op. cit. pág. 89 y CORDOBA RODA, op. cit. pág. 21.

23. AUGUSTO HEGLER, Die Merkmale des Verbrechenens, ZSTW, volumen 36, 1914, págs. 19 a 44 y 184 a 232. Es el primero que enfoca el problema de los elementos subjetivos desde un ángulo estrictamente jurídico-penal. Afirma el autor que si el tipo es la descripción de lo socialmente dañoso, en aquellos casos en los que el carácter socialmente dañoso dependa de determinados elementos subjetivos, estos deben quedar incluidos en el tipo.

24. MEZGER, Der Gerichtssaal, Vol. 89, 1924, págs. 207 a 314; además, puede verse el Tratado de Derecho Penal, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1935, Vol. I, págs. 346 y siguientes.

y que también lo sea la antijuridicidad, porque puede ser que los tipos den relevancia a determinado comportamiento subjetivo, a determinado ánimo del autor, en tal forma que su existencia o inexistencia dependa de la constatación de aquellos. Frente al comportamiento objetivo de un médico que toca los órganos genitales de una niña de catorce años, nosotros no podemos decir si su comportamiento es un comportamiento lujurioso, o libidinoso; no podemos afirmar esto o decir que está practicando su oficio de médico, sin previamente entrar a averiguar cuál es el ánimo que orienta, caracteriza, precede y determina ese comportamiento material. Luego, el ánimo libidinoso, el ánimo lujurioso, es lo que nos está diciendo que estamos en presencia de un tipo penal o no. Otro ejemplo: Un individuo sustrae a una mujer de una casa mediante violencia. No podemos nosotros determinar en presencia de qué tipo estamos, del tipo de raptó o del tipo de secuestro, mientras no estudiemos el elemento subjetivo que orienta, caracteriza, precede y determina ese comportamiento (25). En consecuencia, el tipo no siempre puede evaluarse sólo en su aspecto objetivo, sino que hay elementos subjetivos que determinan la existencia o no de un tipo, o sea que según cual sea ese elemento subjetivo puede darse un tipo u otro (26). En la justificación, también, no basta con que existan los factores objetivos de justificación, sino que se necesita que el sujeto obre con el ánimo de defensa.

Con las explicaciones anteriores, he afirmado, que el rígido Esquema Clásico, de separación tajante entre lo objetivo y lo subjetivo se derrumbó, con la demostración de los elementos subjetivos en el tipo y con el nuevo concepto de reprochabilidad en la culpabilidad.

EL ESQUEMA NEOCLASICO

El Concepto Social de Acción

A la vez, se fue elaborando un distinto concepto de acción: el Concepto Social de Acción (27). El concepto Causal de Acción resultaba demasiado restringido, porque acción, se decía, es la modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos. Y qué hacer con la omisión? La omisión, se dijo, no es más que un comportamiento pasivo del sujeto, el sujeto no realiza una acción esperada. Ejemplo: observamos una mujer que no alimenta a un niño. A partir de esa simple observación no podemos saber si esa mujer está omitiendo o no en sentido jurídico.

25. Artículos 293 y 349 Código Penal.

26. En el Código Penal Colombiano, la existencia del ánimo de aprovechamiento, determina la existencia o no del tipo, 397. Ahora bien: el que el ánimo sea "aprovechamiento" o satisfacer una venganza (en el caso en que una mujer, por ejemplo, saca un colchón perteneciente a otra con el ánimo de quemarlo en la calle para vengarse de la otra por "quitarle" su esposo) determina la existencia o del tipo 397 o del tipo 426.

27. El mero concepto naturalista de acción, se fue superando en forma tal que RADRUCH quien en 1904 había dicho que había que admitir aquel concepto amplio de acción, que exige únicamente la relación de causalidad entre la voluntad y el hecho y remite completamente a la culpabilidad el problema de cuál era el con-

Para nosotros decir: "esta mujer se está comportando y su comportamiento es omisivo, y por ende, delictivo", previamente tenemos que constatar que esta mujer tiene determinada relación con el niño (madre) y en consecuencia, afirmamos de ella que, por ser madre, tenía el deber jurídico de obrar. Así que el comportamiento como delictivo no se podía determinar solamente y a partir de la percepción de la modificación del mundo exterior, sino que en la determinación de la existencia del comportamiento entraban factores de carácter normativo, de carácter valorativo, de carácter jurídico. Y es que el derecho no se rige por las mismas leyes de la causalidad material, sino que el derecho en cuanto que es un regulador de comportamientos humanos, necesita parámetros o módulos propios de Valoración⁽²⁸⁾.

Así entonces, se dijo, acción es un comportamiento socialmente relevante. Veán ustedes, ya no se define la acción como la modificación exterior del mundo perceptible por los sentidos; se introduce en la determinación de la acción el factor social⁽²⁹⁾. Sin embargo, ellos, los partidarios del concepto social de acción, siguieron diciendo que lo que importaba para la determinación de la acción, era el que hubiera voluntariedad. Siguieron diciendo: el delito es acción típica, antijurídica y culpable para la existencia de la acción basta la simple voluntariedad. Y el contenido de la voluntad, lo que quiso el sujeto, recién se estudiará sólo en el campo de la culpabilidad. Elaborador principal del concepto social de acción, fue EBERHARD SCHMIDT.

En el fondo, el concepto social de acción seguía siendo un concepto sólo causal de acción en cuanto que con él se identificaba; nada más que introducía un factor, un plus, que es la relevancia social del comportamiento. A esta afirmación del concepto social de acción se le han hecho críticas bastante fuertes, sobre todo por parte del Finalismo que, como veremos, afirma que la esencia de la acción se determina por el contenido de la voluntad, y que la relevancia social de la acción no hace parte como factor estructural de la misma, pues nadie duda que Robinson Crusoe, solo, en la isla, realizaba acciones; si bien es cierto no tenían relevancia social, sin embargo él actuaba. Cuando nosotros obramos y realizamos acciones múltiples, montar a caballo, caminar, comer, estudiar, etc., realizamos acciones; sólo que esas

tenido del querer, luego, en 1930, consideró que "este absoluto concepto naturalístico de acción no es apropiado para servir como piedra angular del sistema del delito, como portador de los demás caracteres, la antijuridicidad, la imputabilidad, la tipicidad". (Festschrift für REINHARD VON FRANK, 1930, Vol. I, edición Scientia Verlag Aalen, Tübingen, 1909, pág. 161.).

28. Sobre esto, puede verse a JOSE ARTURO MUÑOZ, la doctrina de la Acción Finalista, Anales de la Universidad de Valencia. Vol. XXVII, Curso 1953-1954, pág. 15 a 28; ENRIQUE BACIGALUPO, Delitos Improprios de Omisión, Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1970.

29. Acerca del Concepto Social de Acción puede verse, LUIS CONSINO MAC IVER, Derecho Penal Chileno, Ed. Jurídica de Chile, 1975, págs. 483 a 490 y EUGENIO RAUL ZAFFARONI, El Concepto Social de Acción en el Derecho Penal, en Revista Jurídica Veracruzana, Veracruz, Méjico, Nros. 1-2, Enero a Junio de 1974, págs. 5 a 30 y su gran obra Teoría del Delito, Ediar, Buenos Aires, 1973, págs. 135 a 144. EBERHARD SCHMIDT, Soziale Handlungslehre, en Festschrift für KARL ENGELSCH, Frankfurt am Main 1969, págs. 339 a 352.

acciones no son típicas, no son acciones prohibidas en determinadas circunstancias. Pues bien, tenemos entonces que el concepto Neoclásico del delito seguía sosteniendo el concepto causal de acción, pero introduciendo en el campo de la culpabilidad el elemento de reproche que había sido descubierto por FRANK, desarrollado por GOLDSCHMIDT y por FREUDENTHAL⁽³⁰⁾. En el Esquema Neoclásico, se dijo, para la existencia de la acción, basta la "voluntariedad". En la tipicidad y en la antijuridicidad, también hay elementos subjetivos. La culpabilidad, dijeron, es Reprochabilidad, más dolo o culpa, exigibilidad de la conducta, e imputabilidad. EDMUNDO MEZGER, por ejemplo, es representante de este esquema Neoclásico del delito. Veán ustedes que dentro de la culpabilidad están todavía el dolo y la culpa, pero mientras que en el esquema clásico del delito el dolo y la culpa son grados de culpabilidad porque culpabilidad es el nexo psicológico que hay entre el hombre y el hecho, en el esquema neoclásico del delito la culpabilidad es dolo y culpa, pero dolo y culpa son formas de culpabilidad. Es distinto decir con el sistema clásico, el dolo y la culpa son grados de culpabilidad y ahí se agota el concepto, a afirmar que son formas de culpabilidad junto con los otros conceptos de exigibilidad, imputabilidad, reprochabilidad.

30. En el análisis de la corriente Neoclásica, es indispensable tener en cuenta la base filosófica que la sustenta: el Neokantismo. La realidad del derecho no es la realidad escueta del mundo natural, sino la realidad social llena de sentido. El derecho refiere los hechos a valores y fines: a los intereses de la sociedad y al fin del castigo de las conductas lesivas de esos intereses. El Neokantismo influye en la comprensión de la Tipicidad y la Antijuridicidad, en la comprensión de lo que cada uno de estos conceptos es y en la concepción de las relaciones existentes entre uno y otro concepto. La antijuridicidad deja de entenderse como la relación objetiva de contradicción entre un comportamiento y una norma jurídica y pasa a ser "injusto material", dañosidad social o lesión a intereses jurídicos, lesión que, dicho sea de paso, a veces "depende de la dirección subjetiva de la voluntad", como afirma MEZGER, Gerichtssaal, cit. pág. 237.

Tal nueva concepción de la antijuridicidad como lesión a intereses jurídicos tutelados y dañosidad social, determinaba que allí donde no hubiera lesión de intereses no debía predicarse delito. Esto determinó el reconocimiento de causales de justificación no codificados (como el estado de necesidad suprallegal) sobre la consideración de que de dos bienes en conflicto, en provecho social, debía preferirse el bien superior.

También cambia la relación entre tipicidad y antijuridicidad: la tipicidad deja de ser considerada meramente objetiva (recuérdese el descubrimiento de los caracteres subjetivos y normativos del tipo pág. 6) para considerarse un medio de ayuda del legislador en orden a abarcar la esencia material de la antijuridicidad, la tipicidad es un momento de la antijuridicidad. Y si esto es así, tenemos lo siguiente: "lesión de intereses.", que a veces depende de elementos subjetivos. Pero como el tipo no es sino la descripción de lo que es antijurídico (tipo de injusto) la tipicidad es fundamentadora de la antijuridicidad. La definición del delito de MEZGER como "acción típicamente antijurídica y culpable" (Tratado, cit. pág. 156) depende de toda esta nueva concepción. La tipicidad implica necesariamente la antijuridicidad. Las causales de justificación descartan también la tipicidad. La tipicidad ya no es un mero indicio de la antijuridicidad, sino su fundamentadora. Ya no es simple ratio cognoscendi, sino ratio essendi (sobre lo dicho en esta nota puede verse a CORDOBA RODA, op. cit. pág. 18 y siguientes; JESCHECK, Lehrbuch, cit. 158; críticamente, WELZEL, introducción a la Filosofía del Derecho, Ed. Aguilar, 1971, págs. 181 y siguientes; Positivismo y Neokantismo, Anales de la cátedra Francisco Suárez de Granada, 1962, pág. 193 a 202. Específicamente sobre la filosofía del Neokantismo puede consultarse a KARL LARENZ, Metodología de la Ciencia del Derecho, Ariel, Barcelona 1966; ALESSANDRO BARATTA, Positivismo Guiridico e Scienza del Diritto Penale, Ed. Guiffré, Milano, 1966.

a este hecho puede haber varios tipos. En aquellas legislaciones en las que hay disparo de arma al aire, puede haber tipo de disparo de arma al aire:

31. En este sentido y como demostración del aserto, es magnífica la obra de CORDOBA RODA, Una nueva concepción del delito, cit. pág. 10, capítulo II.
32. Naturalismus und Wertphilosophie, 1935. Este trabajo ha sido reeditado en 1975: Abhandlungen Zum Strafrecht und Zur Rechtsphilosophie, Walter de Gruyter, Berlin, New York, págs. 29 a 119.

ESQUEMA FINALISTA

El concepto final de acción

Por último llegamos al Esquema Finalista del delito. Cuál es, a grandes rasgos, el Esquema Finalista del delito? Realmente la teoría finalista no es sino la culminación del proceso que comenzó con el resquebrajamiento del esquema clásico del delito; la teoría finalista de la acción no es sino la culminación del concepto de lo subjetivo en el tipo y de la culpabilidad como un juicio de reproche⁽³¹⁾. Vale decir que la afirmación de la teoría finalista fue la de que no había que quedarse corto, y no había que decir con el sistema Neoclásico, la antijuridicidad y la tipicidad son especialmente objetivas, y también hay factores subjetivos. Ni había que decir solamente, con ellos, la culpabilidad es dolo y culpa como formas de culpabilidad, más reprochabilidad, sino que había que afirmar que el Tipo es, siempre, Tipo objetivo y subjetivo a la vez y la Culpabilidad es puro juicio de reproche. Veamos esto más a espacio.

Welzel comenzó su obra criticando el concepto causal de acción sobre la base de la crítica del pensamiento neokantista⁽³²⁾. Y sobre una nueva interpretación de los juicios apriori kantianos, afirmó que las categorías del conocimiento son al mismo tiempo categorías del objeto del conocimiento. Es decir, que las categorías del conocimiento también son categorías reales⁽³³⁾. Después de que él demostró esto, observó la acción y vio que en la acción, factor constitutivo era la intención, la finalidad. Y dijo: para la existencia de una acción no basta afirmar que hay voluntariedad, sino que es necesario averiguar el contenido de esta acción, la voluntad. Este contenido de la voluntad determina la acción concreta. Supónganse ustedes que le sale un hombre a otro al camino, con una escopeta y le dispara sin hacer blanco⁽³⁴⁾: frente

33. El nuevo sistema, cit. pág. 13.

34. Aunque aquí ponemos como ejemplo una acción delictiva, nos apresuramos a afirmar que la teoría finalista de la acción, es una explicación de la acción humana, no sólo de la acción ilícita. Esta teoría lo que resalta es la estructura esencial de la acción humana en general. Sobre el particular, expresamente ha afirmado WELZEL: "La doctrina de la acción no se ocupa en primer término de las acciones relevantes no para el Derecho Penal, sino que desarrolla el principio estructural general de las acciones humanas, es decir, su dirección en función del fin anticipado mentalmente (junto a la selección de los medios y la consideración de los efectos concomitantes) y su realización en dirección al fin. En este sentido es completamente indiferente el fin de que se trate o que éste sea o no relevante para el Derecho". La doctrina de la acción finalista, hoy; conferencia dictada en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos el 22 de Abril de 1968, Madrid. Anuario de Derecho Penal y Criminología, 1968, pág. 223.

si la intención de este sujeto es atemorizar a la víctima para, por ese medio, apoderarse de una cosa mueble ajena, estaremos en presencia de una tentativa de robo; si solamente tenía la intención de causarle una perturbación funcional, estaremos en presencia de una tentativa de lesiones personales (aun cuando la generalidad de los autores nacionales afirman que no hay tentativa de lesiones, realmente desde el punto de vista teórico, conceptual, no hay ninguna imposibilidad de existencia, solamente que habrá algunas dificultades de prueba); o si tenía el propósito de matar, puede haber una tentativa de homicidio o una tentativa de asesinato, según los casos. Aquí se pone de manifiesto, pues, la función de individualización o determinante del tipo que desempeña la finalidad.

Cómo sabemos en presencia de qué acción y en presencia de qué tipo concreto estamos? Averiguando el contenido de la voluntad⁽³⁵⁾. WELZEL observó la naturaleza de la acción y dijo que "acción humana es ejercicio de actividad final"; dijo de la actividad humana, que es "vidente" por oposición al acontecer causal que es "ciego"⁽³⁶⁾. Basado en HARTMANN⁽³⁷⁾, quien es de los autores que mejor estudian la estructura de la acción, afirma que el hombre obra con base en el conocimiento que tiene del acontecer casual y con base en ese conocimiento determina los medios para conseguir el objetivo que se propone. El objetivo es matar, pero, quiere matar mediante una inundación, mediante un arma de fuego, mediante una arma cortopunzante? El hombre se propone objetivos, y al proponer sus objetivos, mentalmente avanza sobre el flujo del tiempo; de allí retrotrae (contra el flujo

35. Los tipos de la parte especial, no son sino descripciones de acciones. Solo informándonos acerca del contenido de la acción podremos afirmar uno u otro tipo.

36. "Acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer "final", no solamente "causal". La "finalidad" o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso. Por eso, la finalidad es —dicho en forma gráfica— "vidente", la causalidad, "ciega", Welzel (Derecho Penal Alemán, cit. pág. 53-54).

37. Aunque muchos afirman ser HARTMANN el filósofo de cabecera de WELZEL, éste lo ha negado. Reconoce sí haber adoptado el esquema de la acción que trae Hartmann en su Ethik y en Das Problem des gestigen Seins (Ética y el Problema del Ser Espiritual), por "el análisis de claridad poco común de la estructura de la acción" que hace tal autor. El concepto "finalidad", lo toma de Hartmann y lo utiliza en el mismo sentido de "intencionalidad", expresión que había utilizado en uno de sus primeros trabajos, (Kausalität und Handlung) (causalidad y acción) para designar la "legalidad estructural" de la acción humana. Lo mismo había hecho en 1930 en su trabajo Strafrecht und Philosophie. Estos trabajos han sido recientemente reeditados junto con otros: Abhandlungen zum Strafrecht, obra ya citada. Sobre la afirmación de WELZEL en el sentido de no deber las bases metodológicas de su doctrina a HARTMANN y la verdad de su afirmación, puede verse a Zong Uk Tjong, "Origen y fundamento filosófico de la teoría de las estructuras lógico-objetivas en el Derecho Penal".

del tiempo) su pensamiento, elige los medios sobre la base del acontecer causal⁽³⁸⁾. Y nuevamente se sitúa en el fin, en el objetivo propuesto, y examina las otras posibles consecuencias que puede tener su comportamiento. Todo esto opera en el campo subjetivo y es la Fase Interna de la acción. Después de que ha fijado el objetivo y ha escogido los medios y ha considerado las circunstancias concomitantes que pueden venir como consecuencia de ese hecho, obra. Aquí comienza la Fase Externa de realización.

Qué diferencia hay cuando nosotros percibimos en el mundo exterior una tensión muscular sobre un gatillo, una bala que se desplaza en el aire con los movimientos de rotación y traslación y que mata? Qué diferencia hay entre ese suceso y el suceso de un rayo que mata a un hombre? Sencillemente que en el primer caso hay una causalidad dirigida, pues acción humana, es ejercicio de actividad final. Y por cuanto que todo esto se basa en el conocimiento que el hombre tiene del acontecer causal y en la posibilidad de preverlo y dominarlo dentro de ciertos límites y poner ese conocimiento al servicio de fines que mentalmente se ha propuesto, por ello se afirma que la acción humana es vidente, el acontecer causal es ciego.

A partir de lo anterior, afirma WELZEL, la voluntad es la espina dorsal de la acción, es su elemento constitutivo y determinante. La acción del hombre es final, sea socialmente relevante o no, y más concretamente sea típica o no lo sea. De todas formas, la acción es final. La finalidad es una categoría ontológica, como categoría ontológica también lo es la categoría de la causalidad⁽³⁹⁾. Si la voluntad hace parte de la acción como su elemento

38. En el pensar Teleológico explica HARTMANN las tres fases de la acción: 1. — Proposición del fin; 2. — Selección de medios; — 3. Realización. Fondo de Cultura Económica, México, 1964, pág. 307.

39. Repárese muy bien que aunque la acción humana en su segunda etapa es un proceso real-causal, es sin embargo, dirigido. Y esto es de trascendental importancia, pues con la exaltación no se trata de la importancia de la categoría de la finalidad no se trata de negar la importancia de la causalidad o de decir que una excluya a la otra, sino reconocer que ambas son categorías y que tan real es la finalidad como la causalidad. "La finalidad, afirma WELZEL, es como la causalidad, un concepto ontológico. No es invento de alguna teoría, sino una objetiva ley estructural del ser, y precisamente, del obrar humano. Ella no puede ser creada sino descubierta". Um Die Finale Handlunglehre, Recht und Staat, Número 148, Tübingen, 1949, pág. 7. Afirmar que la finalidad supraddetermina la causalidad no es negarle a esta su importancia. Es más, la finalidad supone la causalidad pues como dice HARTMANN, "una causalidad universal no paraliza de ninguna suerte la acción, antes bien es su supuesto. En un mundo que no estuviere predeterminado causal y universalmente, no podría haber ningún proceso final". Si no hubiese una determinada secuencia causal de fuerzas, circunstancias o sucesos existentes, nadie podría elegir entre ellos los medios apropiados para sus fines". (El pensar teleológico, cit. pág. 311). WELZEL acepta lo anterior y lo dice expresamente: "La segunda etapa de la dirección final se lleva a cabo en el mundo real. Es un proceso causal en la realidad, sobredeterminado por la definición del fin y los medios en la esfera del pensamiento". Derecho Penal Alemán, cit. pág. 56. En la conferencia dictada en Madrid, ya citada, recalcó: "Lo único que me interesa en la doctrina de la acción es poner de relieve el principio estructural, general, de la acción humana, es decir, de su dirección y demostrar que la "acción" también en su curso "externo", es un acontecer dirigido por la voluntad, por consiguiente, una unidad, de voluntad interna y hecho externo", pág. 223.

constitutivo y determinante de las acciones en general, también lo tiene que ser de las acciones típicas. El dolo no es más que la finalidad jurídicamente relevante.

Ahora bien; si la voluntad, la intención, está en la acción, y si el tipo es concreción o descripción de la acción, la voluntad está en la acción y a través de la acción en el tipo; no está en la culpabilidad como afirman los clásicos y neoclásicos. Y entonces, qué es el Tipo? El tipo es la descripción de la conducta, pero en el tipo hay factores objetivos y subjetivos y la intención, el dolo, hace parte de los elementos subjetivos del tipo, junto con las tendencias del autor y los especiales momentos del ánimo, como luego se verá. La culpabilidad en qué queda? Para la teoría finalista de la acción, la culpabilidad queda como un mero juicio de reproche; tiene como elementos la conciencia de la antijuridicidad o el potencial conocimiento de ella, la imputabilidad y la exigibilidad de la conducta; pero el dolo y la culpa no están ya en la culpabilidad, sino que, y hablemos particularmente del dolo, está en el campo de la acción⁽⁴⁰⁾.

Lo anterior, revoluciona toda, absolutamente toda la estructura del delito, porque mientras que en el pensamiento clásico y neoclásico, por ejemplo, el dolo es conciencia y voluntad de realizar el tipo, más conciencia de la antijuridicidad, para la teoría finalista de la acción el dolo simplemente es la conciencia y la voluntad de realizar el tipo, y está ahí en la acción⁽⁴¹⁾.

La culpabilidad es un Juicio de reproche que se lanza si el sujeto tenía la conciencia y la posibilidad de determinarse de acuerdo con ese conocimiento⁽⁴²⁾. Y mientras que en el esquema clásico y neoclásico se habla de error de hecho y error de derecho, en la escuela finalista se viene a hablar de error de tipo y de prohibición. Y qué pasa? Un error de tipo, no descarta la culpabilidad como en el esquema clásico o neoclásico, sino que el error de tipo descarta el dolo, y al descartar el dolo descarta la acción típica, y para decir por este aspecto que un sujeto no es responsable no hay que

40. El dolo está en el tipo, pues el delito no es solo acción, sino "acción típica, antijurídica y culpable". El dolo (intención) "sale" de la culpabilidad y permanece en la acción típica. Yo no diría que el finalismo "trasladó" el dolo de la culpabilidad a la acción. Si esto se afirma, se hará solo en referencia al tratamiento y ubicación que de él hacia la doctrina tradicional. Porque la verdad es que WELZEL no trasladó el dolo. El simplemente lo dejó donde lo encontró, en el lugar que ontológicamente le corresponde: en la acción.

41. Con razón CLAUS ROXIN ha hablado de una "revolución copernicana" en la teoría del delito.

42. Hemos dicho que la teoría finalista es una culminación de la evolución de lo subjetivo en el tipo y de lo normativo en la culpabilidad. Sobre este último punto debe afirmarse que tal teoría se presenta como partidaria de un normativismo puro. Esto, por cuanto reduce la culpabilidad a un puro juicio de reproche. En la culpabilidad se estudia la imputabilidad, la conciencia actual o potencial de la antijuridicidad y la exigibilidad de la conducta. Como se ha visto, el dolo y la culpa quedan en el tipo. Se ha criticado al finalismo "el vaciamiento del concepto de la culpabilidad". No se trata de ello, pues al fin y al cabo, sólo se ha producido la depuración de elementos extraños a la culpabilidad. Se sacó de allí al dolo ya que allí no era su puesto (WELZEL, El nuevo Sistema, pág. 84).

avanzar hasta la culpabilidad; no hay que decir como dicen los clásicos y neoclásicos: acción típica, antijurídica y culpable y absolverlo en la culpabilidad. En la teoría finalista se absuelve porque obró con error; decimos simplemente, no hay acción típica (43). Veámoslo con un ejemplo: hay varios amigos cazando; uno de ellos ve que se mueve algo en un matorral y dispara creyendo que es un conejo; resulta que mata a su amigo que pocos momentos antes se había adelantado. Qué dicen los Clásicos y Neoclásicos? Allí hay una acción porque hubo voluntariedad, hubo modificación del mundo exterior, hay acción típica, antijurídica; veamos a ver si es culpable, y dicen: "no tuvo la intención de matar, luego no hubo dolo". Hubiera podido prever o previó pero confió en poder evitar? Habrá culpa? Estas preguntas las hace en el campo de la culpabilidad, y si constantemente esto dice: lo absuelvo porque no hay culpabilidad; no hay formas de culpabilidad, no hay dolo ni culpa. La teoría finalista de la acción afirma: puesto que la intención hace parte

43. Tradicionalmente se había distinguido entre error de hecho y error de derecho y ambos se trataban en el campo de la culpabilidad. La teoría finalista distingue entre Error de Tipo y Error de Prohibición. Este se estudia en el campo de la culpabilidad, aquel en el tipo. Fijémonos por ahora en el Error de Tipo: se parte de la base de que el dolo es conocer y querer la realización del hecho descrito o sea conocer y querer la realización del tipo. Ahora bien: en el tipo encontramos elementos Subjetivos, elementos Descriptivos y elementos Normativos. Estas dos clases de elementos es lo que se denomina aspecto objetivo del Tipo, al lado del denominado aspecto subjetivo que comprende el dolo, los elementos subjetivos del injusto y los especiales elementos del ánimo. Para que haya acción típica es necesario que exista concordancia entre el tipo subjetivo y el tipo objetivo. Si existe error sobre el aspecto objetivo del tipo, estamos en presencia del denominado Error del Tipo. (Sobre esto, puede verse a ENRIQUE BACIGALUPO. Lineamientos de la Teoría del Delito, Ed. Astrea, 1974, Buenos Aires, pág. 46 y s.s.)

De aquí se siguen consecuencias importantes que quiebran concepciones tradicionales. Veamos más despacio: Elementos Descriptivos son los que pueden verse o constatarse mediante los órganos de los sentidos. Ejemplo de ellos es el "sustraer" del artículo 397; "ganado mayor" del art. 398 numeral 7; "recién nacido", art. 369, etc. Pero muchas veces los elementos del tipo no se perciben mediante los órganos de los sentidos sino en virtud de valoraciones de carácter jurídico o ético social. Así sucede con el elemento "ajena" del 397, o con la expresión "documento" o "falso" al tratar de falsedad en documentos. También así sucede con el carácter "innoble" o "bajo" del 363 numeral 2 o con el carácter "deshonroso" o "inmoral" del 333 o el carácter de "objetos obscenos" del 248. Lo que todas estas expresiones significan queda al arbitrio del juez, quien tendrá que tener en cuenta necesariamente consideraciones de tipo jurídico o cultural.

Pues bien, si el tipo objetivo comprende elementos descriptivos y elementos normativos y el tipo objetivo debe ser abarcado por el dolo, y este es indispensable para la existencia de la acción, el error de tipo descarta la existencia del dolo y por tanto la existencia de la acción misma. Ejemplo: el tipo de homicidio habla de "matar a otro". El elemento objetivo está integrado por la Acción Física (movimiento muscular), el resultado y la Relación Causal.

Para la existencia del dolo y por lo tanto de acción de matar es indispensable que el sujeto sepa que dispara contra un hombre y quiera hacerlo. En el ejemplo del cazador propuesto, hay acción de disparar, pero no hay acción de matar, pues no hubo la intención de disparar contra un hombre. El error versa aquí sobre un elemento Descriptivo. Pero supóngase que alguien toma una cosa ajena desconociendo su calidad de ajena o la vende como propia desconociendo algún gravamen. Aquí también hay un error sobre el tipo objetivo, y que recae ya no sobre elementos descriptivos sino sobre elementos normativos los cuales, como hemos dicho, pueden ser de contenido jurídico (ajena, por ejemplo) o ético-social (innoble, bajo, deshonroso). Si un estudiante por equivocación saca de mi oficina un libro de mi pertenencia, realiza una acción de sustraer, pero no una acción de sustraer

constitutiva de la acción y el tipo es descripción de acción, entonces el error de tipo descarta el dolo, y descartando el dolo descarta la acción típica. Y en el caso que les pongo del cazador, dice la teoría finalista de la acción: cuál era el contenido de la voluntad? El contenido de la voluntad, lo que el sujeto quería, era dispararle al conejo porque ese era el contenido de su voluntad. Pero el contenido de su voluntad no era matar a un hombre. Y como el tipo de homicidio dice "el que mate a un hombre", y tal tipo objetivo es la muerte de un hombre, pero el tipo subjetivo tiene que coincidir para la existencia del delito de homicidio, con el tipo objetivo, aquí no podemos predicar su existencia. Y si existe este error esencial de hecho, que viene a ser un error de tipo, su contenido de voluntad no era matar al hombre y mal puede decirse que hay acción de homicidio; hay acción sí, pero acción de disparar, y de dispararle al conejo, pero no hay acción de matar (44).

constitutiva del delito de hurto, pues la acción descrita por el artículo 397 consiste en "sustraer una cosa ajena". Para la existencia del dolo debe haber conocimiento de que se sustrae una cosa y de que esa cosa es ajena. El error sobre el carácter de ajena, descarta el dolo y sin dolo no puede haber la acción típica contemplada en el artículo 397. Mientras que la Teoría Causalista diría que en los ejemplos propuestos hay acción típica, porque hubo una modificación del mundo exterior ocasionada con voluntariedad, la Teoría Finalista, que se fija en el contenido de la voluntad, descarta la existencia de la acción que el tipo contempla. Desde luego que la Teoría Causalista absolvería al ciudadano, pero por falta de culpabilidad. Según la Teoría Finalista se absolvería por inexistencia de la acción típica.

Para terminar esta nota, algo más: mientras la corriente causalista habla de error de hecho y error de Derecho, y a ambos los trata en la culpabilidad (por falta de dolo), en la Teoría Finalista se habla de Error de Tipo y Error de Prohibición. A aquel lo trata en el tipo y a este lo trata, igual que la teoría causalista, en la culpabilidad. Estas divisiones no se corresponden: que error de Tipo no es igual a error de Hecho y error de Prohibición no es igual a error de Derecho, lo demuestra el ejemplo de la sustracción de la cosa ajena desconociendo esta calidad. Este es un error de Tipo que versa, sin embargo, sobre un aspecto de Derecho. Al contrario, un error de Prohibición puede fundarse en un error de Hecho como sucede en el caso de la defensa putativa: aquí el sujeto yerra sobre un hecho (cree que lo atacan sin que el ataque exista en el mundo objetivo) y este error genera la creencia de que puede lícitamente defenderse: el sujeto sabe que mata pero cree que le está permitido. (Sobre la no equivalencia de las decisiones, puede verse a WELZEL, El nuevo sistema, págs. 115 y 116. Lo anterior muestra cómo la concepción que se tenga sobre la acción, repercute en la sistemática del error.

44. Si el error de tipo descarta el dolo y la acción típica, el error de prohibición descarta la culpabilidad. Aquel recae sobre cualquiera de los elementos del tipo, sea fáctico o jurídico, según lo visto en la nota anterior. El error de prohibición, en cambio, versa sobre la antijuridicidad del hecho. Según lo dijo la Jurisprudencia Alemana, "El autor sabe lo que hace, pero supone erróneamente que estaría permitido" (B. G. H., citado por WELZEL, Derecho Penal Alemán, cit. págs. 232-233). El error de prohibición puede darse porque:

1. El sujeto desconoce la ley. 2. La interpreta mal o 3. Supone como existente una causal de justificación.

Aquí, todavía hay que distinguir: a. El autor se equivoca sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación (cree que lo atacan, cuando en realidad no es así: defensa putativa). b. Error sobre los límites (el que hiere a otro para detenerlo, creyendo que la ley le permite esto). c. Cree el sujeto erróneamente, que concurre en su obrar, una causal de justificación (como el que cree que puede corregir a los niños vecinos impertinentes, porque "para un muchacho grosero, cualquiera es el padre". (Ver WELZEL, Derecho Penal Alemán, cit., págs. 233 y 235).

He afirmado que esta teoría produce una revolución copernicana dentro de la dogmática. En efecto:

1. En cuanto a la ubicación del dolo; el dolo ya no está en la culpabilidad sino en la acción.
2. En cuanto al concepto del dolo; el dolo ya no exige la conciencia de la antijuridicidad. La conciencia de la antijuridicidad se fija en la culpabilidad como elemento del juicio de reproche⁽⁴⁵⁾.

45. El finalismo, al igual que el causalismo, también tiene en cuenta la conciencia de la antijuridicidad. Empero, una y otra corrientes da significado y lugar sistemático diferente al concepto. En efecto: hemos visto, el dolo para el finalismo, no implica la conciencia de la antijuridicidad. Como dice MAURACH "es el querer regido por el conocimiento, de la realización del tipo objetivo". Tratado de Derecho Penal, Ari. Barcelona, 1962, Tomo I, pág. 302.

No implica la conciencia de la antijuridicidad, recalquemos. Para los causalistas en cambio, la conciencia de la antijuridicidad hace parte del dolo y este es el conocer y el querer la realización del tipo, más la conciencia de la antijuridicidad. En el finalismo, esta se tiene en cuenta como parte del juicio de reproche. O sea, ambos estudian la conciencia de la antijuridicidad en la culpabilidad. El finalismo, como componente del juicio de reproche (la culpabilidad es mero juicio de reproche). El causalismo como elemento del dolo (la culpabilidad es dolo y culpa).

Ahora bien: una cuestión compleja es determinar cómo exigen uno y otro esa conciencia de la antijuridicidad. Es necesaria su actualidad? Es suficiente su potencialidad? Respecto a esto, encontramos dos teorías denominadas "teoría del dolo" y "teoría de la culpabilidad". Veámoslo someramente:

1. **TEORÍA DEL DOLO.** Dentro de esta teoría, el conocimiento de la antijuridicidad pertenece al dolo. Pero se distingue: a) Teoría "estricta" del dolo. El conocimiento del injusto hace parte del dolo y debe ser ACTUAL. Falta esa conciencia de la antijuridicidad, cuando hay un error de tipo y cuando el sujeto no es consciente de que obra injustamente, como cuando supone, sin existir realmente que existe una causal de justificación o de exclusión de la responsabilidad, o no conocía la prohibición. Quiere esto decir que el error de tipo y el error de prohibición, tienen la misma consecuencia, se equiparan. Si el error es inevitable, se descarta toda responsabilidad, si no hay conciencia actual se descarta el dolo. Si el error es evitable, se descarta toda responsabilidad, si no hay conciencia actual, se descarta el dolo. Si el error es evitable, se castiga a título de culpa, si hay tipo culposo.
b) Teoría "limitada" del dolo. Solo exige para la existencia del dolo, el potencial conocimiento del injusto. Surgió esta teoría como reacción contra la anterior, pues aquella se llegaba a absoluciones infundadas (casos graves en los que la no conciencia de la antijuridicidad se debía a una gran indiferencia) o, al contrario, a condenas por "culpa de derecho" (suponer probado o fingir el conocimiento del injusto, o darlo por probado a partir del conocimiento del tipo). Dijeron entonces los partidarios de esta teoría que quien delinque en una situación de gran indiferencia ante el derecho demuestra gran "enemistad al derecho", "ceguera jurídica" y merece ser tratado "como si hubiera" actuado dolosamente. Desde luego, al castigar los casos de culpa "como si" fueran dolosos, ello no operaba sino en los casos especialmente reprochables de evitabilidad.
2. **TEORÍA DE LA CULPABILIDAD.** La culpabilidad no es vinculación psicológica. La culpabilidad es reproche. Empero, hay que distinguir:

A. Teoría "estricta" de la culpabilidad. Es la seguida por la teoría finalista: el conocimiento del injusto no hace parte del dolo. Este está en la acción, es tipo subjetivo. La conciencia actual o potencial de la antijuridicidad hace parte del juicio de reproche. Pero repárese bien: se habla de conciencia actual o potencial. Desde luego, el reproche será mayor o menor en uno u otro caso. Sin embargo, lo habrá de todas formas. El error de tipo, hemos visto, descarta la acción por inexistencia de dolo; veamos que pasa con el error de prohibición: si el error era invencible no se hace reproche alguno. Se absuelve, por falta de culpabilidad. Si el error es vencible se atenuará el reproche en relación al

Como consecuencia de lo anterior surge la división entre error de tipo y error de prohibición. El error de tipo, descarta el dolo, y por ende la acción típica, como se ha visto. El error de prohibición descarta la culpabilidad, porque la conciencia de la antijuridicidad o la posibilidad de la conciencia de la antijuridicidad, hace parte de la culpabilidad como juicio de reproche. Y quien no sabía de manera inevitable que está obrando de manera injusta, no puede ser reprochado y a ese sujeto no se le puede decir: "Usted obró culpablemente". Si el error era evitable, se condena por delito doloso (aun sin actual conciencia de la antijuridicidad) pero se atenúa la pena por ser atenuado el reproche. A la vez, dentro del error de tipo se distingue entre error vencible y error invencible. Si el error es invencible se descarta todo tipo. Si el error es vencible, se examinará si ese sujeto pudo prever o no y se examinará si hubo acción culposa. Caso de que se determine que su acción fue culposa habrá responsabilidad por culpa si hay tipo culposo. La culpa y el dolo se diferencian ya en el campo de la acción y no en el campo de la culpabilidad.

También el concepto finalista de la acción tiene repercusiones en cuanto

reproche que se hiciera si el obrar fuera doloso, pero de todas formas se reprocha. Se atenúa la responsabilidad y por tanto la pena. Aquí la diferencia con la teoría del dolo es radical: en esta teoría, (en la teoría finalista) se puede ser responsable por comisión de un hecho doloso, sin haber obrado con conciencia actual de la antijuridicidad. Más claro: conciencia y voluntad de realizar el tipo (dolo) + conciencia de la antijuridicidad = responsabilidad total, por total reproche. Conciencia y voluntad de realizar el tipo (dolo) + no conciencia de la antijuridicidad por error invencible = no responsabilidad, no por falta de dolo (éste permanece), sino por falta de culpabilidad, (no hay reprochabilidad) porque falta la conciencia del injusto. Recuérdese que requisitos para que exista juicio de reprochabilidad es que exista imputabilidad, conciencia actual o potencial del injusto y exigibilidad de la conducta.

Conciencia + voluntad de realizar el tipo + error vencible (conciencia potencial del injusto) = responsabilidad por delito doloso (el dolo queda intacto), pero responsabilidad atenuada. Repárese bien: es sólo una responsabilidad atenuada por ser el reproche atenuado, no se trata de una responsabilidad culposa. En la teoría del dolo, si el error es invencible, recuérdese, se absuelve por falta de dolo, si el error es vencible se condenará por culpa, si hay tipo culposo. En la teoría finalista, si el error de prohibición es vencible, se condena por delito doloso, pero se atenúa, pues para WELZEL, como se verá luego, no puede hablarse ahí de delito culposo, pues el tipo culposo y el tipo doloso materialmente son diferentes.

B. Teoría "limitada" de la culpabilidad. Aquí se distingue entre error de tipo (que descarta el dolo o sea la acción típica) y error de prohibición. Luego esta teoría distingue entre desconocimiento de la norma general prohibitiva y dice: error invencible = absolución. Error vencible = responsabilidad por dolo pero culpabilidad atenuada. Pero si no se trata de esto sino de error en cuanto a una causal de justificación se distingue de nuevo:

- a. Error sobre existencia de un hecho que de concurrir justificaría la conducta. Esto lo tratan como error de tipo (invencible = absolución. Vencible = se aplica la pena correspondiente a la imprudencia, si existe tal tipo).
- b. Si el error versa sobre límites o existencia de una causal de justificación, se aplican los principios generales del error de prohibición: error invencible = inculpabilidad. Error vencible = culpabilidad dolosa atenuada. (Sobre lo anterior, MAURACH, op. cit. Tomo II, pág. 131; Tres conferencias, Revista Universidad Externado de Colombia, Vol. VI, N° 3, Diciembre 1965, págs. 357 a 365).

to al concepto de omisión, en cuanto al concepto de participación, etc., pero no es del caso entrar a analizar.

Veamos muy someramente y sólo referido a un punto, el dolo, en qué medida este esquema sería aplicable en el proyecto del 76. Dice el proyecto, capítulo "De la culpabilidad" art. 39: "Para que la acción u omisión sea punible, tiene que realizarse con dolo, culpa o preterintención". Art. 40: "La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho legalmente descrito y quiere su realización, lo mismo que cuando lo acepta previéndola por lo menos como posible". WELZEL define el dolo como "el saber y querer la realización del tipo"⁽⁴⁶⁾. Veán ustedes cómo la definición de dolo de los Proyectos coincide con la definición de dolo que dan WELZEL y MAURACH⁽⁴⁷⁾: "La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho legalmente descrito y quiere su realización, lo mismo que cuando la acepta previéndola al menos como posible", dice el artículo 40 del Proyecto de 1976. Según la definición del dolo no entra la conciencia de la antijuridicidad como elemento del dolo.

Sin embargo, obsérvese que, al hablar de la culpabilidad, dice: "No es culpable: Quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión, alguna de las exigencias necesarias para

Examinadas las cosas así, someramente, encontramos cómo se toma una determinada estructura del delito y una determinada definición de dolo, que el hecho corresponde a su descripción legal". (Artículo 44 numeral 4º), pero sin embargo no se es consecuente con los resultados de tal definición; cuando se dice que hay dolo "cuando el agente conoce el hecho legalmente descrito y quiere su realización", a mi manera de ver se está consagrando y se está diciendo "el dolo es un dolo de tipo". Luego, si hay un error de tipo se descarta es el dolo, y por ende la acción típica, y no como dice el proyecto que se descarta la culpabilidad⁽⁴⁸⁾.

46. WELZEL, Derecho Penal Alemán, cit., pág. 95.

47. MAURACH, op. cit. Vol. I, pág. 302, ver nota anterior.

48. Opino que tratándose de un error de tipo, (ya sea un error sobre un elemento fáctico, descriptivo o normativo) al menos en este punto, es fácil llegar a una conclusión lógica dentro del proyecto, con base en la Teoría Finalista. En efecto: el artículo 2º dice: "Para que un hecho sea punible debe ser típico, antijurídico y culpable". Y el artículo 19 dice que "la infracción puede ser realizada por acción o por omisión".

Pues bien, hay que concluir que el proyecto pone como piedra angular de la estructura del delito, la acción. Y si como hemos visto, el artículo habla de "acción típica", en los casos del disparo al conejo y muerte del hombre y del estudiante que sustrae el libro lo que no se da es acción típica. Entonces, a pesar de que en el Proyecto se diga que el Error de Tipo descarta la culpabilidad, al partir de la acción como base de todo el sistema, queda obligado con la estructura de la acción. El dolo hace parte de ella. El error de tipo, descarta el dolo y descarta la acción. Y si esto es así no es necesario avanzar hasta la culpabilidad para descartar la responsabilidad del sujeto.

Al llegar a la anterior conclusión, nos preguntamos si es o no cierta la existencia de las denominadas, por WELZEL, estructuras lógico-objetivas, insertas en la materia jurídica y previas a toda regulación positiva y que no se pueden desconocer. Sobre las Estructuras Lógico-objetivas, puede verse a WELZEL: Derecho Na-

Habría que hacer un estudio más detenido de los diferentes artículos de ese proyecto y ver, si se podría tentativamente, edificar en él una teoría finalista de la acción. Me parece a mí que este proyecto, según los análisis que se hagan, podía resistir uno u otro esquema del delito (aunque no totalmente). Lo importante sería establecer cuál sistema de los elaborados es más coherente.

El Dr. J. FERNANDEZ CARRASQUILLA ha elaborado un esquema particular del delito definido desde el punto de vista dogmático y cree que el proyecto soporta ese determinado esquema. Yo, al lado del esquema clásico, al lado del esquema neoclásico y al lado del esquema finalista, he de decir que el esquema que elabora el Dr. JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA, aún cuando no lo comparto en su totalidad, realmente es un gran esfuerzo y sobre todo, puede ayudar a resolver una cantidad de dificultades que se presentan dentro del proyecto. El esquema que presenta el Dr. J. FERNANDEZ CARRASQUILLA, publicado recientemente⁽⁴⁹⁾ es el delito como una acción típica, antijurídica, culpable y reprochable. Sostiene el Dr. FERNANDEZ C., que las incongruencias que presenta el sistema finalista se pueden obviar a condición de que se introduzca el elemento de la reprochabilidad, sin mezclas de elementos subjetivos los que, según afirma él, todavía existen dentro del sistema finalista, aun cuando WELZEL y MAURACH así no lo reconozcan. Como ustedes pueden ver en el artículo, él sostiene que la acción desde el punto de vista ontológico es una acción final; lo que pasa es que para él también basta, para la existencia y la constatación de la acción, la voluntariedad. El contenido de la voluntad, se examina en la culpabilidad, pero no porque la acción ontológicamente no sea final, sino porque metodológicamente

tural y Justicia Material, Aguilar, Madrid, 1957, págs. 257 a 260. Más allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico. Universidad Nacional de Córdoba, Argentina 1962, pág. 11 y s.s.

Si se parte de la acción como base del sistema del delito, no puede desconocerse la estructura ontológica de ella, la nota que caracteriza su esencia: la finalidad. Si el legislador no quiere caer en contradicciones, tiene que respetar el objeto que quiere regular. No puede desconocer la esencia de la materia de la regulación. La ley está destinada al hombre y está orientada a conformar su conducta, o sea que no se dirige a procesos causales sino a acciones humanas. La acción humana, está ya dada al legislador, en el sentido de que él puede o no tener en cuenta una u otra acción para imputarle una sanción como consecuencia, pero una vez que esto decide, está vinculado por su estructura. Al respecto afirma ARMIN KAUFMANN que "la estructura ontológica de la acción humana determina la estructura posible del objeto del mandato. Si una acción determinada debe imponerse como deber o no, es una decisión valorativa que pertenece al ámbito axiológico. Que el mandato de acción siempre tendrá que corresponder a la estructura final de la acción humana, es una cuestión lógico-objetiva, a saber, preñada por la estructura del ser". (Problemas del conocimiento jurídico ejemplificado en el Derecho Penal, Revista Nuevo Pensamiento Penal, Nº 2. Buenos Aires, pág. 215).

Insisto, aceptar la acción como piedra angular de la estructura del delito, implica aceptar las consecuencias que se siguen del análisis de su estructura ínter a.

49. Revista Estudios de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Nros. 89-90, págs. 97 a 121. Medellín, Colombia.

hablando, es posible la separación de la acción y del contenido de la voluntad de la acción⁽⁵⁰⁾.

Así que para él el delito es acción típica, antijurídica, culpable y reprochable. La culpabilidad está constituida por dolo y culpa con otros elementos; pero el elemento nuevo que él introduce es la reprochabilidad como puro juicio de reproche, como puro juicio normativo que se lanza sobre el presupuesto de que ya existe la acción típica, antijurídica y culpable⁽⁵¹⁾. A mí me parece que lo más indicado es que el Dr. FERNANDEZ comience a explicar el esquema, y ya más adelante, si queda tiempo me permitiré bosquejar lo que yo creo que podía ser una tentativa de construcción de la teoría finalista dentro del presente proyecto en lo que éste lo admita.

50. El problema que se plantea, pues, es el de saber si la acción es un concepto prejurídico (ontológico) o jurídico, teleológicamente determinado. El autor, se sitúa en el plano de quienes, como MEZGER, creen que desde el punto de vista ontológico, la acción humana si es final, pero a nivel metodológico se es libre para considerarla o no en su esencia determinante. De la acción hacen parte, a) el movimiento, b) la voluntariedad y c) "la forma de dirección de la voluntad a la meta que la inspira" ("Causa Final"), (pág. 104). Parece que el problema radica en la posición que se tenga sobre el método. Es el objeto el que determina al método del conocimiento, o al contrario, el método al objeto cuya estructura ontológica ya está dada, sin que le sea permitido cambiarla?

51. Muy al principio del artículo anuncia la introducción de la Reprochabilidad como otro elemento, llevando al finalismo "a sus postreras consecuencias teóricas", pág. 99. "Este desarrollo de las tesis finalistas —dice— impone al mismo tiempo restricciones que, como se verá, comportan en parte una vuelta a MEZGER, mas sin quedarse en su postura poco consiguiente", pág. 99.

Esto implica que la culpabilidad sigue siendo un "fenómeno fundamentalmente psicológico" y "tiene la ventaja de conservar la acepción tradicional de la culpabilidad, fuertemente arraigada en la conciencia jurídica actual, y, además, la de no concebir el reproche como mixtura de factores heterogéneos", pág. 99.

Creo, por mi parte, que toda teoría de la estructura del delito que pretenda mantener la culpabilidad como dolo y culpa, no puede ser un "más allá del finalismo". Al contrario, es un regreso a la concepción causalista de la acción, "una vuelta a MEZGER". Ninguna teoría que saque al dolo y a la culpa de la acción o del tipo, puede pretender para sí el nombre de finalismo. Finalista es quien reconoce la estructura esencial de la acción y respeta esa estructura. Yo me pregunto, si para obviar la contradicción de WELZEL Y MAURACH, autores que hablan de ser partidarios de una concepción normativa de la culpabilidad y sin embargo introducen factores como la imputabilidad (concepto no normativo) entre "los elementos de la reprochabilidad" (WELZEL, El nuevo sistema, cit. 100; Maurach II, pág. 24), yo me pregunto, si es necesaria "una vuelta a Mezger" aunque sea "en parte". Por qué no decir mejor, por ejemplo, que la imputabilidad, la exigibilidad de la conducta y la conciencia actual o potencial de la antijuridicidad son presupuestos de la culpabilidad y no elementos?

La fundamentación (y consecuencias) de esta posición, no puede ser tratada aquí, por razón de la extensión que ello ocuparía.

POST SCRIPTUM

Los Problemas del Error de Prohibición en el Proyecto del 76⁽¹⁾.

Como hemos vistos en la nota 43 el tratamiento que hace el Proyecto del Error de Tipo es a nuestra manera de ver, desde el punto de vista sistemático, poco satisfactorio. Con la aplicación de la Teoría Finalista de la Acción y su principal postulado de la ubicación del Dolo como parte del Tipo Subjetivo, el problema puede obviarse. Y puede hacerse, repito, a partir de la consagración, que ha hecho el Proyecto de la Acción como pilar de la Estructura del Delito. Esto, desde luego, sobre la base de una recta comprensión de lo que la Acción ontológicamente es y la vinculación del legislador a tal concepto.

El Proyecto del 76 en el tratamiento expreso que hace del Error de Tipo, llega a la misma conclusión a la que llega la Teoría Finalista; absolución en caso de Error Invencible, punición por culpa si es Vencible. Difieren sí, en la ubicación sistemática de la solución; el Proyecto soluciona el problema en la culpabilidad; la Teoría finalista, en el campo de la Acción Típica. Hablo de "tratamiento expreso", pues como hemos vistos, a partir de la Definición Dogmática del Delito, el Proyecto en este punto soporta una solución acorde con la Teoría mencionada.

Empero, con el Error de Prohibición acontece todo lo contrario: es correcta su ubicación dentro de la Estructura del Delito (cualquiera que sea la Estructura que se acepte). Sin embargo, nos parece que no son satisfactorios los resultados a los cuales conduce a efectos de una sana política criminal. En efecto: reparemos en el artículo 44 que dice:

"No es culpable;

1.....

2.....

3..... Quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación prevista en la ley".

En el anterior numeral, como es obvio, se consagra el Error de Prohibición. Repárese, excluye la culpabilidad si es "Invencible".

Quiere esto decir que implícitamente está distinguiendo entre Error Vencible e Invencible. No cabe otra alternativa. Pero, entonces, si al Error Invencible se le da la expresa consecuencia de excluir la Culpabilidad, qué pasará con el Error Vencible?

Al hablar del Error de Tipo en el numeral 4 del mismo artículo 44 distinguió: si es invencible, "no es culpable"; si es vencible, o sea, "si el

1. Lo dicho también vale para el Anteproyecto del 74. (Véase artículo 49, numeral 3º), pues en esta materia no hubo modificación.

error proviene de culpa, la acción u omisión únicamente será penada cuando la ley hubiere previsto la forma culposa". No hizo otro tanto al hablar del Error de Prohibición, pues en parte alguna habla de Error de Prohibición culposo, o sea vencible. Qué pasa entonces con esta clase de error que evidentemente puede presentarse en la vida ordinaria?

Tres alternativas cabrían frente a esta hipótesis:

- 1º Condenar por delito doloso aunque falte la conciencia actual de la antijuridicidad, e imputar la pena correspondiente a la responsabilidad total.
- 2º Absolver, por el delito doloso, pero condenar por delito culposo (la denominada "culpa de derecho"), cuando esté expresamente previsto.
- 3º Condenar por delito doloso (si para la existencia del dolo solo se exige el conocer y querer la realización del hecho, sin que implique la conciencia de la antijuridicidad) pero atenuar la sanción por ser de todas formas menor el reproche por faltar la conciencia actual de la antijuridicidad.

Ante la primera alternativa podría argumentarse que si explícitamente habla el Proyecto del Error de Prohibición Invencible como excluyente de la Culpabilidad y no dijo nada del Error Vencible, esto indicaría que sólo a aquél se concedió relevancia jurídica. Según esto, habría culpabilidad total y en consecuencia, también plena responsabilidad aún sin plena conciencia de la Antijuridicidad, lo que no parece aceptable, pues habría un tratamiento igualmente represivo ante comportamientos diferentes. Para esto, para castigar igualmente estos casos que son realmente diferentes, debe hacerse una ficción y dar por existente algo que realmente no existió.

Qué pasa con la segunda alternativa? Condenar por delito culposo, tampoco parece ser la solución correcta. En efecto, el sujeto sabía que estaba ejerciendo una actividad descrita como delito y no es eso lo que materialmente constituye el delito culposo.

Veamos lo anterior más a espacio: tomemos el tan manido caso de quien dispara a un conejo, pero mata a un hombre. Aquí no hay problema, pues tratándose de un Error de Tipo, se absuelve si el Error es Invencible y se condena por Culpa si es Vencible. En cambio, si el sujeto dispara sobre un hombre porque cree que puede hacerlo para detenerlo, la situación es diametralmente distinta; en el caso del cazador, el Error siempre descarta la Conciencia de la Antijuridicidad, pues quien no sabe lo que hace (él no sabe que dispara a un hombre) mal puede tener conciencia actual o potencial de que su obrar es ilícito.

En cambio, otra cosa sucede tratándose de quien sabe lo que hace, pero cree que le está permitido. El actuar culposo es materialmente distinto a esta situación. En el actuar culposo el fin al cual se dirige el sujeto no es delictivo, e incluso muchas veces se trata de un resultado deseable. Lo que es jurídicamente relevante es la utilización de los medios. El desvalor está no en la finalidad perseguida, sino en el desvalor de la Acción, en el factor de dirección hacia ese fin. No puede decirse que estructuralmente sea idéntica

la situación de quien dispara contra un conejo y culposamente mata a un hombre a la de quien dispara sobre un hombre, sabiendo que lo hiere (conoce y quiere hacerlo) pero cree que lo puede hacer para detenerlo. Sostener en este último caso que aun cuando quería matar o lesionar, como no tenía actual conciencia de la antijuridicidad, pero podía tenerla, hay un delito culposo, es dar una solución igualitaria para dos situaciones materialmente distintas, que reclaman también soluciones diferentes. Digase que en un caso como este, se atenuará la pena, como lo dice el Finalismo. O digase que se podrá aplicar la pena señalada en la ley para el delito culposo (aquí el problema está en el sistema que se adopte en la regulación de la culpa) o digase que el comportamiento se castigará como si fuera culposo. Pero no se diga que materialmente sea un delito culposo. Pero bien, supongamos que, aunque erróneamente, se castigue por delito culposo. Al fin y al cabo, así se alcanza a castigar, así aunque sea en parte hechos bastante lesivos para la sociedad. Pero, y si no está previsto el tipo culposo?

Tomemos por caso un Abuso de Autoridad o una Detención Arbitraria. Como estos tipos no están consagrados de manera culposa, fácil le queda al funcionario escapar al justo castigo por la felonía contra el ciudadano cometida, diciendo: "Yo no tuve la conciencia actual de la antijuridicidad, pues creí cumplir con mi deber, creí que la tortura o la depredación o el atropello me estaban permitidos; y me estaba permitido el desmán, para la salvaguarda del orden. En fin, creí estar en ejercicio de mi deber, de mi cargo". Se debe absolver de dolo por falta de la conciencia actual. Pero, se podría condenar por culpa? Evidentemente no, pues estos tipos no son susceptibles de ser cometidos con culpa. De modo que: o se absuelve y es una medida altamente peligrosa desde el punto de vista de Política Criminal o se condena y se pone una pena acorde con la responsabilidad total, por delito doloso. Aquí se optaría por la alternativa 1, también injusta.

Como hemos visto, en el Finalismo, basta para la existencia del dolo el conocer y el querer la realización del Tipo. (Así también el Proyecto, Artículo 40 ya transcrito). De manera que, si aceptamos que en el comportamiento del funcionario hay dolo, en este aspecto, el Proyecto estaría aceptando la posición finalista, en el sentido de que una conducta puede ser dolosa (desde el momento en que simplemente se conoció y quiso) sin que sea necesario la conciencia actual de la antijuridicidad. Sin embargo, como hemos visto, en el pensamiento finalista, en los casos en los que a pesar de que el sujeto sabía lo que hacía, no tenía una conciencia actual sino sólo potencial, en esos casos, aplica una pena pero atenuada por ser también atenuado el reproche de acuerdo con las circunstancias. En el Proyecto, empero, se aplicaría una pena igualitaria para los casos de conciencia actual y conciencia potencial. En este punto, se apartaría de nuevo del finalismo.

He afirmado que es peligroso desde el punto de vista de la Política Criminal el que se absuelva en los casos que venimos de mencionar, pues precisamente, se debe ser más riguroso cuando se trata de un error de prohibición, ya que el sujeto sabe lo que hace. El saber que su obrar está

consagrado en la ley como delito (aunque crea que está permitido) debe aguzar al ciudadano para cerciorarse si su obrar realmente si lo está o no. Como lo dice HELMUTH MAYER:

"El médico que pone fin a un embarazo por imperiosas razones médicas, debe tener muy presente que mata a un feto, el soldado debe saber que mata, y ambos deben estar conscientes de que se trata de procesos graves y dolorosos que requieren de una justificación especial". (Citado por WELZEL, Derecho Penal Alemán, Op. Cit. página 229).

Se debe ser más riguroso en estos casos, y siéndolo, el Derecho Penal rebasa su simple papel de ser sancionador, y pasa a cumplir un importante papel que le corresponde, el papel de promotor y educador del conglomerado. (Sobre este doble papel del Derecho Penal, puede verse con toda claridad a ANTOLISEI, Manual de Derecho Penal, Uthea, Buenos Aires, 1960, Pág. 9).

El Derecho Penal es conformador de la conciencia ética social. Es protector de valores, pero también es conformador de ellos. Si esto es cierto, la actividad legisladora configura valores indispensables para la convivencia social (esto, de modo general) y que así son sentidos por el conglomerado. En la medida que la ley penal declara punible una conducta, que ya es merecedora de pena según el orden moral, hace descansar la reprochabilidad por la falta de conocimiento de lo injusto en una falta de "esfuerzo de la conciencia", porque los contenidos de la conciencia se forman esencialmente con convicciones de la cultura vivida" (WELZEL, Derecho Penal Alemán, cit. página 240).

Al ciudadano, por tanto, le es exigible, que obre sólo cuando esté convencido de que no obra ilícitamente y que se abstenga no sólo cuando sabe que está obrando mal, sino también cuando tiene la duda de si su obrar es ilícito o no, cuando no está seguro de que su obrar está bien. Es la denominada Etica de Responsabilidad, frente a la denominada Etica del Conocimiento.

En resumen, el Error de prohibición vencible es el que presenta los problemas: si en el Proyecto se absuelve, por falta de conciencia de la Antijuridicidad, es una medida injusta y peligrosa desde el punto de vista de la política criminal.

Si se condena por Delito Culposos, se reconoce culpa allí donde hay un obrar cuya concreción final se sabía tipificada como delito, que materialmente no es culpa. Además, como la gran mayoría de las conductas no están contempladas como punibles a título de culpa, se llegará a múltiples absoluciones absurdas. Piénsese en los ejemplos propuestos de Abuso de Autoridad, Detención Arbitraria, etc.

Finalmente, si se condena por dolo, se hace una ficción, también injusta, pues es claro que se debe castigar tanto a quien obró con la conciencia actual de la antijuridicidad como a quien obró con sólo conciencia potencial de ella, pero, obvio, con penas diferentes. Hacer ficciones para equiparar

diferentes situaciones es un peligroso camino en el Derecho Penal. El Legislador debe atenerse también a límites ontológicos.

Parece que si se quiere evitar la injusticia de castigar igualmente a quien no tuvo la conciencia actual de la antijuridicidad y a quien sí la tuvo (primera alternativa) o si se quiere evitar el absurdo de condenar por culpa allí donde materialmente hablando no la hay y con los riesgos de absoluciones (por falta de tipo culposos) peligrosas desde el punto de vista de una sana política criminal (segunda alternativa), parece que si esto se quiere evitar, si se quiere evitar los errores sistemáticos y políticocriminales, se debe optar por la Tercera alternativa, postulada por el Sistema Finalista. Debe, pues contemplarse el caso del Error de Prohibición Vencible.

Esta regulación podría obtenerse agregando lo pertinente al numeral 3º del artículo 44, así:

Artículo 44:

1.....

1.....

3. Quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación prevista en la ley.

"En caso de que este error sea vencible se aplicará la sanción establecida para el delito, disminuída en _____".

También podría decirse: "En caso de que el error fuera evitable, se atenuará la sanción en _____".

UNA PROPOSICION CONCRETA

Leamos lo que dice el Presidente de la Comisión que redactó el Proyecto de 1973, Dr. LUIS CARLOS GIRALDO MARIN en carta de 19 de octubre de 1976 dirigida al Señor Ministro de Justicia y mediante la cual se hace entrega del Proyecto al Señor Presidente de la República:

"Por otro lado, no significan las precedentes palabras que el estatuto que se proyecta se esclavice, con pertinacia en toda su extensión, a las tendencias de una determinada escuela científica, ya que los Códigos, por lo general, tienen una vida más larga que las cambiantes teorías de moda, sometidas a evoluciones y rectificaciones frecuentes" (1).

Frente a la anterior afirmación y después del somero examen que hemos hecho de algunos puntos (acción, culpabilidad y error) vale la pena preguntar: se ha cumplido lo deseado, en el sentido de no comprometerse "con pertinacia" con una corriente determinada entre las que hoy ocupan el primer plano de los intereses en la Teoría General del Delito? A mi manera de ver, desafortunadamente no se ha cumplido con lo propuesto. Veamos por qué:

Bien sabemos que unos de los puntos de discusión de la Dogmática Jurídicopenal del presente siglo ha versado sobre los conceptos de Acción y Culpabilidad. Y hemos visto dos posiciones radicales: Corriente Causalista y Corriente Finalista. Hay entre ambas una posición en lo esencial inconciliable: ubicación del dolo y concepto de culpabilidad. Para aquella el Dolo es "forma" de culpabilidad y está ubicado dentro de ella. Para ésta, el dolo no hace parte de la culpabilidad (ésta es un juicio de reproche) sino que se ubica en la acción, como parte esencial de la misma.

Ahora podemos reparar en los artículos 44 del Proyecto del 74 y en el 39 del Proyecto del 76. En estos artículos se habla del dolo, la culpa y la preterintención como "formas" de culpabilidad (2). Así las cosas, podrá decirse que los Proyectos no se han comprometido con corriente alguna? La regulación de la culpabilidad demuestra lo contrario. Lo mismo se puede decir con la regulación del error de tipo, en particular: si se afirma que esta clase de error descarta la culpabilidad (artículo 44, numeral 4), lógicamente se está optando por aquella corriente que afirma que el error, sea de Tipo o de Prohibición, se debe tratar precisamente ahí, en la culpabilidad. Y desde luego que de manera directa se descarta aquí a la Teoría Finalista,

1. La mencionada carta puede verse en la publicación del Proyecto de Código Penal Colombiano, hecha por el Ministerio de Justicia, Bogotá, 1973, XXIII. La cita puede verse en la página II.

2. Al ya publicado Proyecto de 1976 por parte del Ministerio de Justicia, se han hecho algunas modificaciones. En especial, debe notarse la titulación de cada artículo. Para esto, puede verse la copia mimeografiada del Proyecto que ha divulgado el Ministerio de Justicia.

teoría que afirma que tal error (el de Tipo) descarta la acción típica, como lo he explicado atrás.

Si se han tomado estas posiciones radicales, no solo se están esclavizando los Proyectos "con pertinacia" a una determinada corriente de pensamiento, sino que se está excluyendo, de entrada, una importantísima teoría (nos referimos a la Teoría Finalista) que desde los últimos 50 años viene ocupando el primer plano de la discusión y que día a día se va imponiendo, como lo demuestra la concreción de sus principales postulados en el Código Penal Alemán de 1975 y las interesantes discusiones que han suscitado en Italia y España (3).

"Esclavizarse con pertinacia", a una corriente dogmática excluyendo de entrada a otra u otras tan importantes y tan actuales, es justamente llegar a donde no se debe llegar: a que los códigos se aten "a doctrinas que pasan y a escuelas que periclitán". Esto es llegar a un estancamiento de la discusión, a la concreción, de manera dogmática, de unas ideas que no solo van a ser sino que ya han sido "sometidas a evoluciones y rectificaciones frecuentes". Me parece que no puede ser más acertado el pensamiento de KARL ENGISCH, citado por el mismo Presidente de la Comisión:

3. En Italia pueden resaltarse principalmente los siguientes trabajos:

- GIUSEPPE BETTIOL, Rilevi metodologici sul concetto di azione, "Revista Italiana di Diritto Penale", 1940 - XVIII, página 3 a 21.
- NICOLA CAMPISI, Rilevi sulla Teoria dell'azione Finalistica. Cedam, Padova, 1959.
- MERCELLO GALLO, La teoría dell'azione "finalistica" nella più recente dottrina tedesca, Milano, 1950.
- MARINUCCI, Il Reato come "azione", crítica di un dogma. Giuffrè, Milano, 1971.
- PETROELLO MONTOVANI, Il concetto ontologico del reato, Giuffrè, 1954.
- ELIO R. MORSELLI, A propósito di un recente saggio Giuridico Filosofico di Hans Welzel, Rivista "Archivio Penale", 1953, Settembre-Ottobre.
- MARIO PORZI, Uno studio sulle repercussions della dottrina finalistica nella dottrina italiana, "Archivio Penale", Gennaio-Febrero, 1964.
- DARIO SANTAMARIA, Prospettive del concetto finalistico di azione, Napoli, 1955.

En España deben resaltarse los siguientes trabajos:

- ANTONIO ERISTAIN, Objetivación y Finalismo en los delitos de tráfico, en Revista General de Legislación y jurisprudencia, 1963.
- JOSE CEREZO MIR, El concepto de la Acción Finalista como fundamento del sistema del Derecho Penal, Anuario de Derecho Penal, 1959.
- La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1961.
 - Lo injusto de los delitos dolosos en el derecho penal español, Anuario, 1961.
 - La conciencia de la antijuridicidad en el código penal español, Revista de Ciencias Penales, 1964.
 - La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la ciencia del derecho penal española, Nuevo Pensamiento Penal, 1/2 1972.

C. CONDE PUMPIDO, Exposición crítica de la doctrina finalista de la Acción Anuario, Vol. XV, 1962, página 276.

JUAN CORDOBA RODA, El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito. Barcelona, 1962.

Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista, Barcelona, 1963.

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO, El teologismo valorativo de Bettion y el finalismo de Welzel. Santiago de Compostela, 1965.

JOSE A. RODRIGUEZ MUÑOZ, La doctrina de la acción finalista. Anales de la Universidad de Valencia, Vol. XXVIII, 1953.

-Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista. Anuario, 1953.

En Latinoamérica, también pueden resaltarse los siguientes importantes trabajos:

“El legislador debe mantenerse lo más alejado posible de la lucha de teorías, no sólo para dar oportunidad a las doctrinas que se hallan en debate, sino también para dar paso a los nuevos pensamientos que se elaboran y que no han surgido todavía” (4).

Pero, cómo hacer esto último? No es acaso imposible permanecer al margen de la discusión, sin tomar partido al momento de redactar el artículo de un nuevo código? No se me escapa la dificultad de la cuestión. Empero, me parece que dentro del Título II, se podría definir el delito, si se considera conveniente, tal como se ha hecho en el artículo 2 del Proyecto de 1976 y 4, 5 y 6 del Proyecto de 1974. Dentro de ese mismo Título bien pueden dejarse los artículos 18, 19 y 20 del actual Proyecto. Más adelante puede dedicarse un capítulo a las causas que excluyen la Responsabilidad y allí señalarse las causas que la excluyen. Como realmente sobre la causas de justificación no existen mayores divergencias, puede bien decirse en el artículo: “no hay lugar a responsabilidad”, o simplemente, “el hecho se justifica...”.

Luego, puede redactarse un artículo que diga: “No es responsable...”. Aquí se redactaría como se encuentra el artículo 44 del Proyecto del 76 o 49 del Proyecto del 74. Me atrevo a insinuar la introducción de la punición del error de Prohibición Evitable o Vencible, como delito doloso, pero con atenuación de la responsabilidad, por disminución del reproche.

Qué se gana con la redacción del artículo en la anterior forma, suprimiendo la expresión “No es culpable” del artículo 44 del Proyecto del 76 y la expresión “causales de inculpabilidad” del Proyecto del 74? Que no se toma partido por ninguna de las teorías en pugna. Aquel que es Causalista, dirá frente a un Error de Tipo que el sujeto “No es responsable”, porque no obró culpablemente (y no se diga que de dónde entonces saldría la culpabilidad, pues la culpabilidad se exige como expresa característica del deli-

ENRIQUE BACIGALUPO, Culpabilidad, dolo y participación, Argentina, Buenos Aires, 1966.

—Sistema del error sobre la antijuridicidad en el código penal. Nuevo pensamiento penal, 1/2 1972, Buenos Aires.

—Tipo y error, Buenos Aires, 1973.

—Lineamientos de la Teoría del Delito, Buenos Aires, 1974.

JUAN BUSTOS RAMIREZ, Culpa y finalidad (Los delitos culposos y la teoría finalista de la acción. Santiago de Chile, 1967. o

—Voluntaria significa culpabilidad en sentido restringido. Revista de Ciencias Penales, Vol. XXIII, N° 3, 1966, página 243.

MOISES MORENO HERNANDEZ, Der finale Handlungsbegriff, und das mexikanische Strafrecht. Bonn, 1977.

ENRIQUE CURY URZUA, Orientación para el estudio de la teoría del delito, Valparaíso, 1969.

JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA, El Nuevo Esquema del Delito, Más allá del finalismo. “Estudios de Derecho”, Facultad de Derecho, Universidad de Antioquia, Números 89-90, Medellín, 1976.

EUGENIO RAUL ZAFFARONI, Acerca del concepto finalista de la conducta en la Teoría general del delito. Revista Jurídica Veracruzana, Veracruz, México. Teoría del Delito, Buenos Aires, 1973.

No he pretendido ser exhaustivo en la enumeración de los trabajos existentes.

4. Cita del presidente de la comisión en la carta aludida, página II.

to). Este otro que es finalista dirá que el sujeto “No es responsable” porque su obrar no constituye acción típica, si de error de tipo se trata o porque no es culpable, si el error fuere de prohibición.

En esta forma, me parece, se evita el que desde ya se apabullen las nuevas ideas. En esta forma, como dice ENGISCH, se puede “dar oportunidad a las doctrinas que se hallan en debate” y además, se evita el anquilosamiento de nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia. Y sobre todo, se puede “dar paso a los nuevos pensamientos que se elaboran y que no han surgido todavía”.

TITULO II

CAPITULO I

Artículo Para que un hecho sea punible debe ser típico, antijurídico y culpable.

Artículo (el 18 del P. 76).

Artículo (el 19 del P. 76).

Artículo (el 20, P. 76).

Capítulo _____

Causas que excluyen la Responsabilidad.

Artículo El hecho se justifica

1.....

2.....

3.....

4.....

5.....

(Artículo 31 Proyecto de 1976).

Artículo (artículos 33 a 38).

Artículo No hay responsabilidad:

1.....

2.....

3.....

4.....

5.....

6.....

7.....

8.....

9.....

10.....

11.....

12.....

13.....

14.....

15.....

16.....

17.....

18.....

19.....

20.....

“En caso de que este error sea vencible se aplicará la sanción establecida para el delito, disminuída _____”.

4.....
El agregado que insinúo en el numeral 3, podrá también decir: “En caso de que el error sea evitable, la sanción se atenuará en _____”.

Como he manifestado atrás, si se dice simplemente que “No hay responsabilidad”, se evita el tomar partido por una u otra teoría. Se deja a la doctrina y a la Jurisprudencia en su labor de unificación de las decisiones el papel de orientar en el sentido de las teorías que se vayan teniendo como las más científicas acorde con los tiempos y las exigencias.

Como lo he manifestado al principar este trabajo, ha sido mi intención, no la de demeritar la labor de quienes han conformado las comisiones de los Proyectos. Al contrario, el esfuerzo ha sido grande. Los Proyectos, por múltiples aspectos, representan un gran avance en relación con el Código que actualmente nos rige, importante obra también en su momento, pero que ha cumplido ya su cometido histórico. Mi ánimo ha sido el de contribuir en algo a la discusión que hoy debe ocupar entre nosotros el primer plano de nuestros intereses.

C O N D U C T A	
C A U S A L I S M O	F I N A L I S M O
1. La conducta es un hacer voluntario	1. La conducta es una hacer voluntario final. "Acción humana es ejercicio de actividad final".
2. Uno es el concepto vital (ontológico) de acción y otro el concepto jurídico-penal.	2. La conducta del Derecho Penal es la misma conducta de la vida. Concepto ontológico = al concepto jurídico-penal.
3. Factor caracterizante de la acción es la "Voluntariedad". Donde se quiso "algo", hay acción.	3. La voluntad consciente del fin que rige el acontecer causal, constituye el factor determinante de la acción.
4. Ese algo querido (contenido de la voluntad), importa en la culpabilidad.	4. El dolo (finalidad jurídicamente relevante), hace parte de la acción y hace parte del Tipo Subjetivo.

Seminario de Estudios Jurídicos - Seminario de Estudios Jurídicos - Seminario de Estudios Jurídicos

ALGUNOS CONCEPTOS EN LAS DOS COHERENTES PRINCIPALES MODERNAS		
	FINALISMO	CAUSALISMO
TIPICO	Mixto y Objetivo	Objetivo
DOLO	Voluntad final típica y conocimiento del Tipo objetivo.	Voluntad del fin + conocimiento del Tipo + conciencia de la Antijuridicidad.
UBICACION DEL DOLO	En el Tipo Subjetivo	En la Culpabilidad
CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD	Se ubica en la culpabilidad como parte del juicio de Reproche.	Se ubica en la culpabilidad como parte integrante del dolo.
ERROR	De tipo y de Prohibición	No tiene sentido hacer distinción entre error de Tipo y error de Prohibición.

LA DOLO Y LA CULPABILIDAD			
DEFINICION DE CULPABILIDAD	CAUSALISMO SICOLOGISTA	CAUSALISMO NORMATIVISTA (Concepto complejo de culpabilidad).	FINALISMO (Normativismo Puro).
UBICACION DEL DOLO	Pertenece a la culpabilidad.	Pertenece a la culpabilidad.	Está ubicado en la acción. Pertenece al Tipo Subjetivo.
DOLO ES:	Conciencia y voluntad de realizar el hecho + conciencia actual de la antijuridicidad.	Conciencia y voluntad de realizar el hecho + conciencia actual de la antijuridicidad.	Conciencia y voluntad de realizar el Tipo Objetivo... No implica la conciencia de la antijuridicidad. La actual o potencial conciencia de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad.
LA IMPUTABILIDAD:	Es presupuesto de la Culpabilidad.	Es presupuesto de la culpabilidad.	Elemento de la Culpabilidad.

- c) Equivocación sobre la existencia de una C. de J. (creer que se tiene derecho a corregir a los niños rechin, si son imprudentes).
- b) Equivocación sobre los límites jurídicos de una C. de J. (venir para detener).
- a) Equivocación sobre los presupuestos objetivos de una C. de J. (Def putativa).

causal de justificación

III Supone erróneamente que concurre una

II No la conoce bien (la interpreta mal)

I No conoce la norma jurídica

CASOS

ERROR DE PROHIBICION SEGUN LA TEOMIA FINALISTA

(El sujeto sabe lo que hace, pero cree erróneamente que está permitido)

E L E R R O R		
TEORIA DE LA CULPABILIDAD (La culpabilidad es juicio de reproche) Distingue entre el error de Tipo y de Prohibición	TEORIA DEL DOLO Distingue entre error de Hecho y error de Derecho	
Es problema de Tipicidad o de Culpabilidad, según que sea error de Tipo o de Prohibición.	Siempre es problema de culpabilidad	
<p>de TIPO (recae sobre el aspecto objetivo del Tipo)</p> <p>Invencible</p> <ul style="list-style-type: none"> 1) Elimina el Dolo y toda responsabilidad por falta de Tipicidad. 2) La conducta es atípica. <p>Vencible</p> <ul style="list-style-type: none"> 1) Elimina el dolo no hay Tipicidad dolosa. 2) Subsiste la responsabilidad por falta culposa, si existe el correspondiente tipo culposo. 	<p>Invencible</p> <ul style="list-style-type: none"> 1) Elimina la culpabilidad por falta de dolo. 2) La conducta permanece Típica. <p>DE HECHO</p> <p>Vencible</p> <ul style="list-style-type: none"> 1) Elimina la culpabilidad dolosa. 2) Subsiste la culpabilidad culposa, si existe el respectivo tipo culposo. 	
<p>Invencible</p> <ul style="list-style-type: none"> 1) Subsiste el dolo. 2) Elimina la responsabilidad por falta de culpabilidad. Subsiste la Tipicidad. <p>Vencible</p> <ul style="list-style-type: none"> 1) Subsiste el dolo. 2) Atenúa el reproche. Deja el dolo siempre en pie. Nunca excluye la culpabilidad. <p>de PROHIBICION (recae sobre el conocimiento de la antijuricidad)</p>	<p>Invencible</p> <ul style="list-style-type: none"> 1) Elimina la culpabilidad por falta de dolo. 2) La conducta permanece Típica. <p>DE DERECHO</p> <p>Vencible</p> <ul style="list-style-type: none"> 1) Elimina la culpabilidad dolosa. 2) Subsiste la culpabilidad por culpa, si existe el respectivo tipo culposo. 	

Puede ser desconocimiento o falsa interpretación de la norma

Un inglés realiza el acto carnal homosexual, ignorando que en Colombia es delito.

PROHIBICIÓN: Versa sobre la antijuridicidad del hecho

Suposición de presupuestos objetivos de justificación (Defensa putativa)

Puede basarse en un error de hecho

El tradicional error de Derecho
A. toma la cosa ajena, creyéndola propia (deshonesto, ajeno, documento)

Normativo o Jurídico - Normativo

TIPO: Versa sobre una circunstancia del hecho descrito

El tradicional error de hecho
A. dispara a un conejo y mata a un hombre ("hombre", "cosa", "noche", "cuadrilla")

Fáctico (Descriptivo)

ERRORES

CULPABILIDAD

TEORÍA DEL DOLO

Teoría estricta del dolo = La conciencia de la antijuridicidad hace parte del dolo y debe ser actual.

Teoría limitada del dolo =

Para la existencia del dolo, es suficiente el conocimiento **potencial**

El conocimiento de la antijuridicidad pertenece al dolo. El dolo está ubicado en la culpabilidad. El dolo es vinculación psicológica entre el hecho y el autor.

Teoría estricta de la culpabilidad =

La conciencia de la antijuridicidad no hace parte del dolo. El dolo está en la acción. La conciencia actual o potencial de la antijuridicidad hace parte del juicio de reproche.

TEORÍA DE LA CULPABILIDAD

Teoría limitada de la culpabilidad =

Error de Tipo
Invencible = absolución

Distingue entre;

Vencible = responsabilidad dolosa pero atenuada.

Error de Prohibición

culpabilidad no es vinculación sicológica: es reprochabilidad.

c) Error sobre límites o existencia de una causal de justificación se aplican los principios generales del error de prohibición.

a) Esta distinción opera cuando el error versa sobre la norma prohibitiva.

b) Error sobre un hecho que de existir justificaria = lo tratan como error de tipo: (absolución) o condena por culpa si existe este tipo. Absolución en caso de que el error sea invencible.