

LA NOCION DEL DELITO EN EL  
<sup>(1)</sup>  
CODIGO PENAL DE 1980

**Dr. Juan Fernández Carrasquilla**

**Magistrado del Tribunal Superior de Medellín  
Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Medellín**

A pesar de que, desde hace unos diez años, he venido trajinando con la teoría técnico-jurídica o dogmática del delito, no sé por qué de pronto, al leer este código, tuve la impresión de recordar la frase con que un político de turno enterró el proyecto de 1974: "Colombia sufre el mal de estar siempre a la penúltima moda del derecho penal". Me temo eso, por la historia legislativa penal del país, ya que cuando en 1936 se aprobó el código positivista, hacía ya al menos seis años había sido derrotado legislativamente el positivismo en Italia, de donde nosotros lo tomamos, y estaba en franca bancarrota en toda Europa. Y ahora, cuando nos decidimos a aprobar un código técnico-jurídico, hace ya al menos diez años que los pensadores europeos están temiendo que se desmorone el edificio técnico-jurídico del delito, que lo entiende como acción típica, antijurídica y culpable.

La amenaza de la crisis proviene desde luego de las más recientes orientaciones de la política criminal, una especie de renacimiento de las escuelas sociológicas y criminológicas, pero no al estilo ferriano, ni lombrosiano, porque presupone ya el desarrollo de la dogmática jurídico-penal. La crisis, digo, se avecina desde el lado del concepto de culpabilidad.

---

1. Conferencia dictada por el doctor JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA, dentro del curso sobre el nuevo Código Penal que patrocinó el "Colegio de Abogados de Medellín", a comienzos de 1980. Versión estenográfica a cargo del "Colegio", revisada y corregida por el autor.

Como ustedes bien lo saben, la culpabilidad presupone, nada más ni nada menos que el concepto de la libertad de la voluntad y parece que las ciencias empíricas del hombre no están completamente conformes con este postulado. En efecto, la ciencia empírica, tal como hasta ahora el hombre la ha podido pensar, sólo puede desarrollarse sobre el principio de causalidad, mientras que la libertad es indeterminista, no causal.

Si la culpabilidad presupone la libertad del hombre, el juicio de culpabilidad en el proceso penal estaría condicionado por la prueba de que el hombre actuó con libertad en el caso concreto, y esto, a los autores modernos, les parece poco menos que imposible.

"Las ciencias del comportamiento, escribe Córdoba Roda en su más reciente obra sobre **"Culpabilidad y pena"** (1), no permiten sentar la afirmación de que al sujeto le fue posible evitar la comisión del delito, por la razón de que dar constancia de la libertad de actuación de un individuo en una situación concreta, rebasa los límites de lo científicamente posible". Gimbernat Ordeig, uno de los juristas de más alta talla internacional en el pensamiento jurídico español de este momento, dice: "Aunque en abstracto existiera el libre albedrío, lo que en cualquier caso es imposible es demostrar si una persona concreta en una situación concreta ha cometido libremente o no un determinado delito" (2); es decir, aunque admitamos que está probado a cualquier nivel que el hombre es un ser libre, no estamos en capacidad científica, menos que nada en el proceso penal, de acreditar que el hombre cometió el delito con o sin libertad.

Gimbernat se hace precisamente esta pregunta en un artículo de lo más dramático que he leído en los últimos tiempos, que se llama **"Tiene un futuro la dogmática jurídico Penal?"**, y su respuesta es negativa, si se sostiene el concepto de culpabilidad basado en el libre arbitrio.

El sorites de Gimbernat es el siguiente: la dogmática penal presupone el derecho penal. El derecho penal presupone la pena. La pena presupone la culpabilidad. La culpabilidad presupone la libertad y la libertad no se puede probar.

La posibilidad de solución, para él, está en el reemplazo del concepto de culpabilidad por un hasta ahora vaguísimo concepto de conveniencia político-criminal de la sanción. Quizás la solución hacia el futuro esté mejor por el punto en que la insinúa Baigún: no suponer que la culpabilidad está basada en la libertad y exige la constatación de la libertad por el juez, sino que consiste plenamente

1. Bosch, Barcelona, 1977, pág. 24.

2. Estudios de derecho penal, ed. Civitas, 1a. ed. 1976, pág. 61.

en la comparación de los valores individuales de la conducta delictiva con los valores sociales protegidos por la ley.

Si las valoraciones en las que se inspiró la conducta, no coinciden con los valores sociales que protege el ordenamiento jurídico penal, entonces el juez pronunciará el juicio de reproche, no importa que el sujeto sea o no libre. El título a que lo pronuncie, ya lo discutirán indefinidamente los autores, si es un castigo o una prevención (3).

\* \* \*

I. Confiando, en fin, en que la dogmática pueda superar esta encrucijada, nos encontramos de lleno frente a un código absolutamente moderno que en el Art. 2 define el delito, de acuerdo con toda la tradición dogmática alemana y técnico-jurídica italiana, como **acción típica, antijurídica y culpable**.

Cuando el código hace esto, se está remontando evidentemente a una tradición que lleva en Europa más de medio siglo, y esto es mucho decir, porque es más o menos el tiempo que las teorías penales han logrado vivir históricamente. El apogeo de la escuela clásica no duró más de cincuenta años, ni duró más de cincuenta años el apogeo de la escuela positiva. Quizás, con la crisis que se avecina, ésta tampoco dure más y, por eso, mi temor inicial de que hayamos adoptado una vez más la penúltima moda.

No nos queda de todas maneras otra alternativa, ni el derecho penal contemporáneo contempla otra, porque las críticas que se formulan desde el campo de la política criminal, no han logrado todavía sustituir los conceptos básicos; es decir, no han podido construir proposiciones que reemplacen la estructura actual del delito, que viene desde **Beling y Binding**.

Esta estructura parecería que es unánime y en realidad existe en torno a ella unanimidad en varios puntos. Muy brevemente yo quisiera enunciar como punto de partida del análisis técnico de este código, los puntos en que hay y los puntos en que no hay unanimidad doctrinal.

Podríamos decir que, con la ligera salvedad de algunas pesadillas afortunadamente superadas por la historia, hay unanimidad en los autores, en la **orientación liberal** del análisis científico del delito. La orientación liberal exige, como mínimo, la adopción del método analítico, es decir, de considerar el delito constituido por elementos que se pueden separar conceptual y metodológicamente, todo en función de las garantías de seguridad y de libertad del individuo. Esta dirección analítica exige distinguir, al menos, pero lo más nítidamente posible, entre injusto y culpabilidad penales. El

3. Baigún, David, "Culpabilidad y alienación", en **Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía de derecho**, Pannedille, Buenos Aires, 1970, pág. 123 y Sgtes.

método técnico jurídico, consiste en tomar como "dogma" las disposiciones de la ley y en esclarecer con base en ellas los principios que rigen las disposiciones y los valores en que se inspiran; la dogmática jurídico-penal tiene una eminente función de seguridad. "Debe averiguar, dice Gimbernat, qué es lo que dice el derecho. La dogmática jurídico penal, pues, averigua el contenido del derecho penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena y la absolución" (4), hasta el punto de que sin dogmática la condena y la absolución son una lotería.

Nuestra experiencia judicial nos señala todos los días, la necesidad del desarrollo de una dogmática jurídico-penal en el país, porque todos los días, en el solo reparto, los sindicatos se están jugando una lotería, y a veces grande. Para no señalar sino un solo ejemplo sencillo, pensemos en el problema de la "dosis personal" de estupefacientes, que se está decidiendo caso por caso, por cada juez, por cada sala de decisión, deshilvanadamente, al azar, adivinatoriamente, por pura intuición de justicia, con base en rústicos e incongruentes dictámenes médico legales, que caprichosamente fijan la dosis en un gramo o en dos, o en cinco o en diez, dependiendo a veces la cantidad que fijan de la presión social que exista en pro o en contra de la decisión.

Para que la administración de justicia no sea un caos de injusticias, de ese tamaño, es necesario construir una teoría que permita por lo menos argumentar en pro o en contra, que permita solucionar todos los casos semejantes de una manera semejante, y en este sentido, agrega Gimbernat que es mucho mejor para el derecho penal una teoría errónea, que la falta de toda teoría, porque con teoría errónea puede haber seguridad jurídica y sin teoría no la hay en absoluto.

En tercer lugar, existe unanimidad doctrinal en la concepción del delito, definido como una **acción típica antijurídica y culpable**. También en considerar que esos elementos se aunan en lo que se llama una **estructura estratificada** o escalonada. Que se trate de una estructura, significa que las partes existen en función del todo y no a la inversa, y que es posible reconstruir el todo a partir de cualquiera de sus partes. Por tanto, sería perfectamente posible y metódicamente lícito, comenzar la exposición de una teoría del delito por la culpabilidad y terminarla por la acción, porque en

4. Ob. cit. págs. 78-79.

virtud de las mutuas relaciones que implica la estructura, no hay ninguna posibilidad de que se formen equívocos formales.

La estructura estratificada, sin embargo, supone que los elementos del delito se enuncien en un orden ascendente de implicación sucesiva. Cuando el código, y ahí pára la libertad del intérprete, escoge el sentido de una determinada estructura, ascendente como en el código nuestro; cuando el código habla en su orden siempre de acción típica, antijurídica y culpable, está asumiendo el sentido de una estructura que viene con la más respetable tradición científica, la tradición según la cual, cada uno de los elementos superiores implica los anteriores, pero no a la inversa, es decir, la tipicidad no contiene nada de lo que se llama antijuricidad o culpabilidad. La antijuricidad versa sobre la tipicidad, sobre el hecho típico, y la culpabilidad sobre el hecho típico y antijurídico.

De manera que si se define el delito como culpabilidad o como acción culpable, dado que la culpabilidad implica necesariamente el tipo de injusto (la tipicidad y la antijuricidad), porque no hay, jurídico penalmente hablando, culpabilidad de ninguna otra cosa, se está procediendo de una forma totalmente congruente.

Existe también unanimidad, en concebir que el delito no es una conjugación de elementos objetivos y subjetivos, estructura completamente deshechada, sino que es una **unidad objetivo-subjetiva**, sometida a un **doble juicio de valor legal**. En primer lugar, un **juicio de valor sobre el acto**, y, en segundo lugar, un **juicio de valor sobre el autor**. El juicio de valor sobre el acto conduce a determinar si la conducta es o no antijurídica, y el juicio de valor sobre el autor a determinar si éste obró o no en forma reprochable, o, como suele decirse, culpable.

En este proceso, que concibe el delito como un doble juicio de valor, se exige, desde Dohna, la diferenciación, en el juicio de valor, entre la valoración misma y aquello que se valora, es decir, **objeto de la valoración y la valoración del objeto**. Cuando yo digo, la casa de Pedro es bonita, estoy emitiendo un juicio de valor sobre la casa de Pedro y ese juicio supone dos cosas: la valoración que yo hago, que es el juicio de valor, y el objeto a que se refiere, que es la casa de Pedro. En la teoría del delito, el juicio de valor, repito, es doble: antijuricidad y culpabilidad, y el objeto de valoración es la conducta típica, la conducta típica en la plenitud de sus elementos objetivos y subjetivos, y no como arrancó este principio en Dohna, de que la valoración del tipo objetivo conducía a la antijuricidad y la del tipo subjetivo a la culpabilidad (5).

Las dos, antijuricidad y culpabilidad, se basan en los elementos objetivos y subjetivos de la conducta; no se puede decir que una

5. Graf Zu Dohna, Alejandro. *La estructura de la teoría del delito*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, págs. 14-35 y 40 y Sgtes.

conducta es antijurídica o no, prescindiendo de sus elementos subjetivos; tampoco podemos saber si un autor es culpable o no, prescindiendo de la intención con que obró.

La diferencia entre causas de justificación y causas de inculpabilidad, desde ese punto de vista, no es demasiado nítida; piensen ustedes, como dice algún autor, en que el caso fortuito significa que la acción no está prohibida. En efecto, la ley no prohíbe matar en circunstancias de caso fortuito, ello no es ilícito, luego la acción que se realice en caso fortuito no es típica, porque no está prohibida por la ley.

Finalmente, en cuanto a las unanimidades, apenas enunciándolas, existe un cierto acuerdo en entender que los elementos del delito funcionan unos como **indicios** de los otros. Pero no de cualquier manera. La realización del tipo funciona como **indicio de la antijuricidad** de la conducta, si se trata de un tipo cerrado, en virtud de que el legislador sólo prohíbe conductas antijurídicas, solo conmina con pena o solo define como delitos las conductas antijurídicas; no las conductas buenas, no las conductas lícitas. Luego, el que realice la conducta típica, en principio ha realizado una conducta antijurídica, se supone que ha realizado una conducta antijurídica. Excepcionalmente, puede que no haya sido así, si se concurre una **causa de justificación**, la cual desvirtúa el indicio.

Las relaciones entre tipicidad y antijuricidad en el panorama actual, y superada la teoría de la **ratio eesendi**, se definen como regla-excepción, de **ratio cognoscendi**: la tipicidad es solamente un **indicio** de la antijuricidad, desvirtuable a través de las **causas de justificación** o tipos permisivos de la conducta típica.

Si realizada la conducta típica, se presume la antijuricidad, el juez no tiene que hacer un particular esfuerzo para demostrar la antijuricidad, que teóricamente, así, es uno de los elementos más difíciles y prácticamente uno de los más fáciles de la teoría del delito. El juez no tiene ninguna dificultad en la mayoría de los casos con la teoría de la antijuricidad, porque la antijuricidad del hecho está probada con solo que el hecho sea típico, y en el aspecto negativo, que no concorra una causa de justificación, que normalmente no concurre.

Realizando ese hecho típico y antijurídico, que se puede denominar abreviadamente **tipo de injusto** o **injusto típico**, pero de ninguna manera "antijuricidad tipificada", se presume, supone o "indica" que el autor es culpable. Por qué? Porque lo normal es que los hombres sepan lo que hacen y lo que quieren. También saber o conocer lo que se hace y querer hacerlo, es el fundamento de la culpabilidad o de la reprochabilidad y, por tanto, realizado el tipo de injusto, se puede perfectamente suponer, que el autor es culpable, salvo, viene el aspecto negativo, que concorra una **causa de inculpabilidad**.

Esta teoría de los indicios está hecha para facilitar, como toda dogmática jurídico-penal, la tarea administradora de justicia. La teoría del delito no es una especulación metafísica; está para servir a la labor de los jueces, para facilitarla, racionalizarla y hacer previsible y seguras esas decisiones, y hacerlas coherentes, además.

Decía que realizado el tipo de injusto, éste opera como **indicio de culpabilidad** o **reprochabilidad**. Y subsigue, salvo una causa de inculpabilidad, la pena. Pero allí hemos presupuesto la imputabilidad, es decir, hemos referido la actuación a un sujeto imputable. Sin embargo, como todo código moderno, éste no se limita a regular las medidas aplicables a los imputables, sino que también se refiere a las que pueden aplicarse a los inimputables, por parte del juez penal.

Y allí también, probada la inimputabilidad, y el tipo de injusto, se presume, ya no la reprochabilidad, que conduce a la pena, sino la **peligrosidad**, que conduce a la medida de seguridad. Justo es reconocer que esta última parte, de que el tipo de injusto funciona como indicio de reprochabilidad en los imputables o de peligrosidad en los inimputables, no es unánime. Y como todos los días se aprenden cosas nuevas, ahora resulta que dizque las medidas de seguridad en este código, no se basan en la peligrosidad. Entonces, yo creo que nunca vamos a saber en qué se basan. Todo lo que nos había enseñado la teoría del delito, desenvuelta técnico-jurídicamente y desenvuelta al otro modo, es decir, al modo positivista, era que las medidas de seguridad representaba un correctivo de la peligrosidad<sup>(6)</sup>.

Ahora sucede que la palabra peligrosidad, por arte de birlibir-loque, se borró de este código, llevando la reacción antipositivista mucho más allá de donde había que llevarla. La peligrosidad había que sacarla solamente de la teoría de las penas, pero de la teoría de las medidas de seguridad no se podía sacar, porque entonces las medidas de seguridad se quedan sin objeto y fundamento.

Ha dicho el profesor **Estrada Vélez**, más de una vez, que el objetivo de las medidas de seguridad es la curación de los enfermos. Qué bueno que el Estado, a través de sus jueces, vaya a practicar obras de caridad, porque tenemos entendido que el código exige, para que los jueces entren a curar enfermos, que éstos **cometan un delito**. Y la medida de seguridad, el tratamiento curativo, de carácter **coercitivo**, se impone para "innocuizar" al sujeto, para que no pueda producir nuevos males a la sociedad mientras se restablece, como dice el código, su "normalidad psíquica", si acaso se puede restablecer.

6. Cfr. Cuello Calón, Eugenio, "La moderna penología", Bosch, Barcelona, 1974, caps. IV y V; Beristain, Antonio, "Medidas penales en el derecho penal contemporáneo" Reus, Madrid, 1974, págs. 82 a 89.

Las discrepancias comienzan, más allá de todo esto. Es decir, sólo hay acuerdo general en la orientación liberal o garantista, en el método analítico, en la enunciación de los elementos, en la concepción estructural y en la estratificación, en la doble valoración y más o menos podríamos hablar de un acuerdo un poco tácito en la función indiciaria de la tipicidad para la antijuricidad, y del tipo de injusto para la reprochabilidad o la peligrosidad, según lo ejecute un imputable o un inimputable.

Las discrepancias se refieren al contenido de cada uno de los elementos (acción, tipicidad, antijuricidad y reprochabilidad); la ubicación sistemática de cada uno de esos elementos, sus relaciones de implicación y su influencia en el desenlace de la sanción penal o medida de seguridad.

\* \* \*

II. Que el delito es acción, es uno de los más claros postulados de este código. Así lo dice expresamente el Art. 19, digo mal, así lo dicen expresamente casi todos los artículos; por donde uno lea, habla de conducta, de acción, de omisión, de hecho. Tiene esto realmente alguna importancia? Por qué no definir el delito como una antijuricidad típicamente antijurídica, y no como acción? En ello está implicado el primero de los puntos acerca de los cuales hay acuerdo: la orientación liberal de los estatutos penales y de la ciencia respectiva. Ello, porque no definir el delito como acción implica, cuando esa definición no ocurre a nivel legal o a nivel doctrinal, que entonces los recursos propios del derecho penal, sobre todo las penas, se pueden dirigir no solamente contra los actos del hombre, sino también contra su modo de ser, contra su carácter, contra su pensamiento, contra su género de vida.

Así sucedía en el derecho penal positivista, que no sé por qué en Colombia nos hizo olvidar incluso la Constitución Nacional, siendo clara, clarísima la Constitución del 86, al hablar, en el Art. 26, del "acto" que se imputa, y en el Art. 28 exigir que la ley incriminadora determine el "hecho" y la pena. Al hablar únicamente la constitución de acto y de hecho está implícitamente prohibiendo las sanciones penales, todo tipo de sanciones penales, para cosas distintas de la actuación humana; no las permite, pues, ni para el carácter, ni para esas otras cosas que enunciamos, luego eran inconstitucionales todas aquellas decisiones que le hicieron tomar a la justicia colombiana, con el Decreto 14/55 y con el decreto 1699/64, en muchos aspectos, sobre "conductas antisociales" y "estados de especial peligrosidad".

Y de pronto, me temo, que con esa orientación todavía quedan algunas inconstitucionalidades en este código, a pesar del gran avance que representa, en esta orientación, la supresión de institutos como la reincidencia, el delito imposible y el delito aberrante, sobre todo el primero de los mencionados.

Pero todavía quedan ciertos sabores dudosos cuando se menciona la "personalidad" del agente como criterio dosimétrico de la pena. Si la pena está dirigida, constitucional y legalmente, a castigar el acto, y la pena depende de la importancia del bien jurídico atacado con ese acto y de la culpabilidad del autor con respecto a él, nada tiene que ver la personalidad del agente. Quién dijo que un homicidio realizado por una buena persona, es menos grave que un homicidio realizado por una mala persona? Los dos hechos son igualmente graves. Yo no veo por qué a la mala persona le aumenten la pena, a no ser que no se mencione solamente por el homicidio, sino a la vez por el homicidio y por ser mala persona. Entonces ya, en esta última parte, no se está sancionando el acto sino el carácter, el hábito u otras cosas similares.

No escapa a ustedes la ardua polémica existente en torno al concepto de acción: si se trata de un proceso de causación o de un proceso de finalidad. Fue tanta la polémica, que los dos extremos terminaron por ponerse de acuerdo. Hoy, esa polémica es totalmente secundaria. Hoy se sabe que nadie realmente sostuvo un concepto meramente causal de acción, que la acción siempre ha sido pensada en términos finales, y también se sabe que el concepto finalista de acción no es ni mucho menos ineludible en el derecho penal. Es decir: la acción se puede pensar, como estructura, con cualquiera de sus dos categorías, la causalidad o la finalidad. Y si se asume el método de las escuelas tradicionales, de las llamadas escuelas causalistas, de estudiar en la acción y en el tipo el problema causal y en la culpabilidad el problema final, se llega finalmente al mismo resultado que si se asume el camino contrario, empezando por la finalidad, como en la escuela finalista, y terminando con la causalidad.

Con la ventaja, para la escuela tradicional, de que no se olvidaba ninguna de las dos categorías: la acción, a nivel de la teoría de la acción era causal y a nivel de la culpabilidad era absolutamente final. La separación sólo era metódica (Mezger).

Mas para el finalismo, sí que ocurrieron cosas con la emoción que suscitó la novedad de Welzel. Se les olvidó la categoría causal de la acción, se les olvidó incluso el punto de partida de filosofar welzeliano. A Welzel también se le olvidó un poco la definición de Hartmann de la finalidad como supra-determinación de la causalidad. Quien dice finalidad, está implicando la causalidad; la relación de medio a fin, es una relación que se llama teleológica, pero, como dice Bettiol, es evidentemente una relación técnica de causalidad. No hay ninguna otra forma de poner en juego los medios y los fines, sino a través de las leyes de la causalidad y de los procesos causales. Quien desconociese la importancia de los procesos de causación, no podría nunca construir un nexo teleológico en la conducta humana.

El Art. 19 dice: "El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión". De acuerdo con la doctrina filosófica y técnica, teniendo en cuenta también las conclusiones a que llega el debate después del enfrentamiento de causalismo y finalismo, habría que decir que entre los elementos de la acción figuran, en primer lugar, la **voluntad final**, y decir voluntad final es medio chocante, porque no hay ninguna otra clase de voluntad. La voluntad es siempre voluntad de fines, como la conciencia es conciencia de un objeto. No hay absolutamente ninguna otra forma de voluntad. Y la **manifestación de la voluntad**.

Ahora, si además de eso incluimos en la acción el resultado y el nexa causal, como creo que se deben incluir, no es porque se tome partido en favor del causalismo o del finalismo, sino porque, lo que está en debate frente a un código penal, no es la estructura ontológica de la acción humana, sino la naturaleza de **aquellas acciones que el derecho penal toma en cuenta** para conminarlas con una pena.

No es toda acción humana la que le interesa al derecho penal. ¿El derecho penal qué tiene que ver con las acciones de la vida privada, o qué tiene que ver con los llamados actos del fuero interno, que según la psicología son actos, son acciones evidentemente? El derecho penal no tiene nada que ver con eso. La definición de acción que adopte la dogmática penal tiene que ser lo suficientemente comprensiva para abarcar todos los delitos y las contravenciones previstos por cada ordenamiento jurídico nacional. Pero nada más. No se necesita construir una teoría ontológica de la acción; por lo tanto, me parece correcta la metodología, seguida en Colombia por **Reyes**, de estudiar la acción como elemento de la tipicidad y no como un problema pretípico.

Al lado de la voluntad final, se requiere la manifestación o exteriorización **idónea** de esa voluntad. Idónea, recuerden que es una exigencia nueva de este código que suprimió la tentativa imposible, el delito imposible; por lo tanto, ya las manifestaciones de voluntad **inidóneas**, que son acciones indiscutiblemente, no tienen ningún interés para el derecho penal dentro de este código, ni tienen por qué influir en el concepto de acción. Ya en adelante, cuando hablemos de manifestación de voluntad, sabremos que la exterioridad comporta la idoneidad. Esto no era así en el código de 1936, porque frente al Art. 18 las acciones inidóneas de voluntad también eran acciones punibles.

De manera que la dogmática penal no puede olvidar los resultados de la ciencia y de la filosofía, pero tampoco se puede poner de espaldas al derecho. Porque no se trata de hacer filosofía y ciencia, sino filosofía y ciencias aplicadas a un código penal determinado.

Uno de los más arduos problemas que se irá vislumbrando como la espina dorsal de la responsabilidad, es el de determinar la **capacidad de acción** en el derecho penal. ¿Quién es capaz de acción?

Si entendemos por acción la manifestación de una voluntad idónea, relevante, etc., pura y simple manifestación de voluntad, es evidente que capacidad de acción sólo la poseen aquellos que tienen voluntad. Aquellos que además de poseer voluntad, sean capaces de exteriorizar y de manifestar con voluntad, de hacerla llegar al mundo exterior; y al mundo exterior llega por medio de un proceso causal, dirigido teleológicamente por la propia voluntad, **nexo teleológico** que presupone el **nexo causal** y trata de pasarlo de lo virtual a lo real.

Cuando se habla de capacidad de acción, se vuelve a plantear exactamente el mismo problema: capacidad de acción en general y capacidad de acción jurídico-penal. Si se habla de capacidad de acción en sentido general, y no lo dice un penalista, lo dice **Kelsen**, el problema no es jurídico, el problema es ontológico, el problema es filosófico; decir cuándo le podemos imputar un acto a un autor determinado, o, mejor dicho, cuándo podemos llamar a un sujeto autor de un acto determinado. La **relación acto-autor**, no depende del derecho<sup>(7)</sup>. En el derecho penal colombiano, por ejemplo, los menores de doce años no están sometidos a ninguna sanción, a ningún recurso o remedio penal, ni penas, ni medidas de seguridad. Eso significará que el homicidio cometido por un menor de doce años no sea cometido por él? No puede llegar tan lejos el planteamiento dogmático. El legislador no puede desconocer la realidad y mucho menos la puede desconocer el intérprete.

Los italianos acostumbran aludir a esta capacidad de acción, con el nombre de **suitá**, que **Jiménez de Asúa** traduce como **suyedad**, la calidad de que el acto sea propio, suyo de una persona, que existe cuando el acto no es debido a insuperables fuerzas extrañas, sino a la propia determinación de la persona. Y en la doctrina general ha recibido las más variadas denominaciones, que a veces infunden equívoco. De **referibilidad psíquica**, habla la doctrina italiana y algún autor colombiano; de **nexo psíquico**, quiere hablar la doctrina tradicional germánica; de **causación psíquica**, alguna de sus variantes, la de **Liszt Zaffaroni**, uno de los más destacados penalistas latinoamericanos de este momento, se ha inventado el término de **voluntabilidad**; voluntable es el que posee una voluntad apta para trascender al mundo exterior; ese es capaz de acción en el sentido del derecho penal.

Quién sabe si la acción en el derecho penal no tenga un principio de calificación. Porque si la relevancia es un criterio de selec-

7. Kelsen, Hans, "Teoría general del Derecho y del Estado", Unam, México, 1969, Pág. 108.

ción, si sólo importan las acciones que el derecho penal escoge como punibles, entonces la capacidad de acción jurídico penal no se puede definir como simple nexo psíquico, como capacidad de realizar cualquier acción, sino como una capacidad de realizar una acción prohibida, una acción conminada con pena, una acción definida como delito, una acción legalmente descrita como punible.

Me temo que la solución correcta es la última, que el concepto de capacidad de acción, por tanto, reza, más que con el puro nexo psíquico, con lo que Maurach llama atribuidad. Se trata de saber cuándo, según el derecho, un acto ilícito, un acto típico, es atribuible a la voluntad de una persona, de tal manera que esa persona pueda ser considerada como autora de ese acto.

Estamos todavía en la relación autor-acto, primer sentido de de la imputabilidad, según Kelsen. La imputabilidad tiene una doble acepción. Carrara nos lo enseñaba, no necesitamos acudir a Kelsen: imputación física e imputación civil. La imputación física es la pertenencia psicofísica del acto al autor. Y la imputación civil, moral o política, es un poco diferente e implica muchísimo más, y depende de qué orientación uno asuma para decir qué exige.

Ahora, si la acción que le interesa al derecho penal es una acción ya valorada y al derecho penal sólo le interesan las acciones típicas, se nos presenta un problema sumamente espinoso con los derechos penales que comprenden, como éste, las acciones de los inimputables. He aquí que se nos dice que el inimputable es el que no puede comprender la ilicitud de su actuación, o comprendiéndola no puede dirigirla. Entonces, el inimputable puede o no puede realizar una acción, en el sentido del derecho penal, es decir, una acción típica?

Claro que sí puede. El contexto del código lo determina y lo determina la existencia inexorable de las medidas de seguridad a ellos aplicables. ¿Qué hay que hacer entonces? Los legisladores también se equivocan. Hay que pensar la imputabilidad en términos un poco diferentes, pues no es posible aceptar que el inimputable, en cuanto autor de una conducta, sea una persona que carece por completo de voluntad, porque si carece de voluntad no es capaz de acción y si no es capaz de acción jamás podrá estar en los linderos del derecho penal.

Si ello es así, y si además al inimputable se le imponen medidas de seguridad en el derecho penal, medidas de seguridad que son probablemente jurisdiccionales y no administrativas, tenemos que cambiar un poco el concepto de imputabilidad, en este segundo sentido: ya no es la relación acto-autor, sino la relación autor-sanción. Ya no determina el derecho cuándo un acto le pertenece como suyo a una persona determinada, como expresión de su propia personalidad o de su propia decisión de voluntad, sino cuándo, el que ha realizado ese acto, el autor, puede ser sometido a una sanción penal.

Las dos cosas no son iguales, porque el código no somete a sanción penal a todos los autores. Nosotros sabemos que los menores de doce años no están sometidos a ninguna reacción penal. Están por fuera del derecho penal y ese decreto 1818 de 1964, norma especial, ha sido dejado vigente, porque uno de los artículos finales del código dispone expresamente que quedan vigentes las disposiciones penales contenidas en leyes especiales, en cuanto no sean contrarias a lo dispuesto en él, y ese no se opone a nada. C. P. artículo 376).

Entonces, tenemos que decir que el inimputable no solamente es capaz de acción, en cuanto a él se puede atribuir o imputar una acción determinada, sino también en el sentido de que se le puede atribuir una sanción. Es decir, no solamente puede realizar un acto cualquiera, como es absolutamente evidente en la vida cotidiana, sino que puede realizar actos típicamente antijurídicos y "culpables", o sean "hechos punibles", ya que no hay ninguna otra forma de estar sometido a una reacción penal, sino cometiendo lo que llama el Art. 2 un "hecho punible". Mucho decir que la imputabilidad requiere de esos tres elementos: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad? Pero es el mismo código el que lo dice en su Art. 2, y si queremos una norma más clara, tenemos el Art. 33, sobre las medidas de seguridad: "Los inimputables que realicen un hecho punible serán sometidos a las medidas de seguridad establecidas en este código".

No podemos nosotros definir la expresión "hecho punible" de una manera diferente a como la ha definido el legislador. ¿Cómo se encuentra la solución? Es muy sencillo. Hay que escalar la culpabilidad y hay que escalar también su antesala, la imputabilidad. A nadie escapa la evidencia de que la culpabilidad admite grados, eso no es ninguna novedad. Por lo tanto, es perfectamente lícito hablar de una culpabilidad plena para los imputables y de una culpabilidad incompleta, semiplena o deficitaria para los inimputables. La diferencia no está en que el imputable sea capaz de comprender la ilicitud y el otro no lo sea, así en esos términos tan simples, sino en la relevancia de la conciencia de la antijuricidad.

Si el inimputable no tiene la menor posibilidad psicológica de comprender la ilicitud de un acto, no puede realizar actos ilícitos, porque no habrá ningún elemento psicológico que abone la ilicitud del acto. Para que exista la posibilidad de realizar un acto ilícito, es necesario que la persona pueda manifestar su voluntad, que tenga la capacidad positiva para realizar ese acto definido como ilícito.

Parece que en el código, según el doctor Estrada Vélez, imputable significa responsable (en potencia). Así por lo menos parece desprenderse de algunas disposiciones. Pero cuando el código alude a este sentido, está empleando la expresión imputabilidad en la primera acepción: atribución del acto al autor. Sólo en el segundo sentido, imputación de la sanción al autor del acto, lo emplea para diferenciar las penas de las medidas de seguridad.

La diferencia, pues, entre imputables e inimputables, que a nivel ontológico es de grado (y si no fuera de grado sería de esencia y si fuera de esencia tendríamos que concluir que los inimputables no son seres humanos, porque su esencia sería distinta de la nuestra), estriba en que, cuando se trata de penas, exige el código que el sujeto tenga la plena capacidad de esa advertencia y cuando se trata de medidas de seguridad se contesta con una deficiente capacidad de comprensión.

Esto nos indica que la imputabilidad no es, en este articulado, presupuesto de la culpabilidad, sino de la pena.

En efecto, culpable puede ser cualquiera, puede serlo un imputable o un inimputable. Pero sometido a pena, reprochado con pena sólo el primero. Es que el reproche jurídico-penal no es un juicio de indignación, no consiste en que el juez se enoje y manifieste su personal repudio ético-social de la conducta. El reproche consiste en que el juez cuantifica la pena, imputa una pena y la dosifica. No tiene ninguna importancia que al juez le guste o no le guste hacerlo, que le guste o que no le guste el acto de que se trata, que se enoje o que no se enoje. Es muy distinto el reproche moral, que supone indignación; el reproche jurídico se puede hacer perfectamente aunque a uno no lo indigne el acto, y el juez lo tiene que hacer aunque precisamente le suceda todo lo contrario; si cumple con su función, tiene que reprochar también los actos que a él como juez no lo indignen, porque no está aplicando su criterio sino el de la ley.

Y culpable también puede ser, y lo vamos a demostrar mucho mejor luego, el inimputable. Si ambos pueden ser culpables, la imputabilidad no es presupuesto de la culpabilidad, sino de la pena, como ya dijimos.

Pero, si sólo los imputables pueden ser penados, entonces para ellos sí es un presupuesto la imputabilidad, naturalmente. ¿De qué es presupuesto la imputabilidad? De aquella consecuencia que sólo en su presencia se puede deducir. La única es la pena, porque la culpabilidad se puede deducir sin aquella. Las medidas de seguridad se basan también en la culpabilidad, naturalmente, porque, si no se basaran en la culpabilidad se tendrían que basar en la responsabilidad objetiva. No hay término medio, no hay absolutamente ninguna posibilidad de transición: la responsabilidad es subjetiva, y responsabilidad subjetiva significa exactamente lo mismo que culpabilidad. No queda más alternativa que admitir la culpabilidad de los inimputables, ya que su responsabilidad, o es objetiva o es subjetiva. Y como está **proscrita** por el art. 5, con toda razón, **toda forma de responsabilidad objetiva** en este código (y se eliminaron las formas más abruptas que había de responsabilidad objetiva, que nos mencionaba ayer el Dr. Londoño: las referentes a las contravenciones, a los delitos calificados por el resultado, a los llamados de-

litos preterintencionales, al delito aberrante, etc.), como se eliminaron esas formas y se proclama airesamente que **queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva**, esto no se puede obviar con la manifestación resignada que hacia el profesor Estrada Vélez hace algunos días en Cali, "de que a pesar de esta declaración no pudimos erradicar la responsabilidad objetiva".

¿Cómo que no pudimos? Pudieron porque lo dijeron, y la ley rige a pesar de la creencia de los que la expidieron. Es que lo que va a regir las relaciones del derecho penal, no es ni la voluntad ni la creencia de los que redactaron el código, sino lo que las normas mismas significan. Frente a esa norma expresa del Art. 5, no es posible que el juez penal deduzca una responsabilidad objetiva en este código; si algún caso quedare, habría que absolver. Porque la prohibición de la responsabilidad objetiva está incluida en los principios rectores y si eso significa alguna cosa, y yo creo que sí, significa que esas normas tienen prioridad o prelación sobre las restantes normas del código.

Queda prohibida, eso significa "principio rector", toda interpretación contraria a los principios rectores. Porque entonces, si hubiera una interpretación contraria, los principios rectores no estarían rigiéndola, a pesar de que ellos no han hecho excepción o restricción.

A veces los problemas terminológicos son muy difíciles y a veces las discrepancias son más de terminología que de realidad. También dice la "Relación Explicativa" del Código, que los inimputables no son responsables. Esto sí que es difícil de entender. Y si resulta difícil de entender, para mí resulta imposible de querer. La responsabilidad, por lo que teníamos entendido hasta ahora, es la situación legal de aquella persona que está abocada, según la ley, a las consecuencias jurídicas de su acto. Responsable tenemos que llamar al que, según la ley, tiene que afrontar las consecuencias jurídicas de su hecho, y llamamos irresponsable a aquel a quien la ley no le imputa las consecuencias jurídicas de su acción. Pregunto: le imputa este código responsabilidad, le imputa las consecuencias de sus actos este código a los imputables? Claro, las penas. Le imputa este código las consecuencias jurídicas de sus actos a los inimputables? Naturalmente, las medidas de seguridad. Decir que las medidas de seguridad son un recurso administrativo, no resuelve el problema. Porque los recursos administrativos, aunque sean dispensados por el juez penal, también son recursos jurídicos y representan sanciones jurídicas para los responsables.

Claro que la mejor manera de eliminar la responsabilidad objetiva de los inimputables, es eliminar la responsabilidad penal de los inimputables. Pero como eso no fue lo que hizo el código y como está prohibida la responsabilidad objetiva, no queda otra salida que admitir la responsabilidad subjetiva de los inimputables.

Responsabilidad subjetiva y culpabilidad son exactamente lo mismo: responsabilidad subjetiva o por la culpabilidad, es un concepto que resiste los dos tipos de responsabilidad: por los hechos del autor imputable y reprochable, y por los del que no es imputable.

Ahora, yo comprendo que a nuestra tradición doctrinal esta teoría le resulta un poco extraña, por aquellos misteriosos procesos del olvido, porque no es más que un olvido, (pues vamos a probar ahora que ella está en el origen del código del 36). Y resulta un poco extraño para nosotros hablar de la culpabilidad de los inimputables, porque estamos enseñados a pensar en que los inimputables no son culpables. Este prejuicio viene de la doctrina tradicional alemana, que define la imputabilidad como **capacidad de culpabilidad**. Como esta definición no puede prescindir de las exigencias del derecho positivo, quizá entre nosotros la imputabilidad no se pueda definir de la misma manera; entre nosotros parece que la imputabilidad no es capacidad jurídica de culpabilidad, sino **capacidad jurídica de pena, esto es, de reproche**.

Así, por lo demás, lo enseñaba el profesor Estrada, cuando escribió su "Manual de Derecho Penal" en 1971. Pero la existencia del problema nos indica que la expresión "culpabilidad", como antes insinuábamos, se puede tomar por lo menos en dos sentidos también. Por eso decía que en estas cosas hay que ir muy despacio sobre los aspectos terminológicos.

No podemos asumir un tono de airada indignación, cuando decimos que los inimputables también pueden ser culpables. Pongámonos de acuerdo en el sentido de la expresión culpabilidad, y desde luego en el sentido que tiene en el código. La **culpabilidad** puede significar, y ha significado histórica y dogmáticamente, una de dos cosas, o dos cosas distintas, y en este código tiene los dos significados, unas veces el uno, otras el otro. **Primer significado** de la expresión culpabilidad: **capacidad de autodeterminación**, capacidad de libre decisión de voluntad, capacidad de reproche; culpabilidad es aquí igual a reprochabilidad, posibilidad de ser reprochado con pena criminal. No se debe imponer una pena, dice Gimbernat, si el autor no ha cometido un hecho antijurídico con base en su libre decisión de voluntad. Primer sentido de la culpabilidad, del principio de la exigencia de culpabilidad: no se puede imponer ninguna pena, si el autor no ha decidido libremente cometer el acto ilícito. Ya habíamos en el exordio de la crisis a que está abocado el derecho penal contemporáneo: la libertad interna como supuesto nuclear de la culpabilidad.

En este sentido, la culpabilidad como reprochabilidad, como libre decisión de voluntad, entronca el concepto con la tradición de la llamada "teoría normativa" de la culpabilidad, que parte de Frank, es decir, de la exigibilidad de una conducta diversa, del examen valorativo del proceso motivacional de la voluntad.

En este primer sentido de la palabra culpabilidad como autodeterminación, está empleado el vocablo en el código? Claro que sí, pero no con esa expresión. El artículo 5, que consagra el principio de la culpabilidad, contiene dos disposiciones completamente distintas: "Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad", primera disposición. Segunda: "Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva".

Si la proscripción de la responsabilidad objetiva significa aquí lo mismo que la culpabilidad, entonces el código está diciendo dos veces la misma cosa inútilmente. Esto es el **segundo sentido**, precisamente, de la expresión culpabilidad, el sentido de no-responsabilidad objetiva, de exigencia de un nexo psíquico, de una referibilidad, de una relación de autoría calificada, que ahora concluíamos que, mejor que cualquiera de esas expresiones como la **suitá**, parecía el término **atribuibilidad**, que por lo menos ostenta menos equívocos. Nosotros la hemos venido llamando "**culpabilidad psicológica**", en tanto que para la primera acepción utilizamos el nombre de "**culpabilidad normativa**" o plena.

El código, en los artículos 5, 31 y 41, emplea a expresión **culpabilidad** en este sentido de autodeterminación y de reproche, que no se puede referir sino a los sujetos con imputabilidad, el plexo imputabilidad-culpabilidad-pena.

Pero también usa la expresión en el sentido de **prohibición de la responsabilidad objetiva**, vale decir, de exigencia de la responsabilidad subjetiva o de presencia de un nexo psíquico entre el autor y el hecho, nexo psíquico calificado porque no se trata de un hecho cualquiera, sino de un hecho jurídicamente valorado como prohibido y como punible. Cuando lo emplea en este segundo sentido, no se está refiriendo solamente a los imputables, sino también a los inimputables, porque para ellos también está proscrita la responsabilidad objetiva en el Artículo 5, que no hace ninguna distinción, ni consagra ninguna restricción, y en el Artículo 35, que habla de las formas de culpabilidad: "Nadie puede ser penado". un término un poco violento ahí, "por un hecho punible, si no la ha realizado con dolo, culpa o preterintención".

Digo que el término "penado" es un poco violento ahí en ese artículo, porque no corresponde a la realidad; debió decir sancionado o algo por el estilo, no propiamente aplicado a las penas. Lo que el Código llama culpabilidad en este segundo sentido es el nexo psíquico o atribuibilidad y le da expresamente la denominación de **formas de la culpabilidad**, bajo los nombres de dolo, culpa y preterintención, artículo 36 y siguientes. Quizás algunos no habían reparado que estos artículos 36, 37 y 38, no hablan de "delito" doloso, culposo o preterintencional, sino de **conducta dolosa, culposa o preterintencional**. Y tan conducta es la del imputable que realiza el tipo de injusto, como la del inimputable que también lo realiza. Que el inimputable realiza un tipo de injusto, o comete delitos, también lo

dispone exactamente el articulado, el **Artículo 33**: "los inimputables que realicen un hecho punible, serán sometidos a las medidas de seguridad...". No hay en este texto legal ningún "error", ni la menor impropiedad.

A nadie resulta extraño, tampoco, en el actual estado de la teoría del delito, que los inimputables sean capaces de realizar un tipo de injusto, es decir, sean capaces de acción, capaces de tipo (como diría el Dr. Carlos Jaramillo: "realizadores de tipo") y capaces de antijuricidad. Las acciones de los inimputables pueden ser injustas; prueba evidéntísima de ello es que contra la acción de un inimputable (enajenado mental, menor de edad), cabe la legítima defensa y la legítima defensa no cabe sino contra una agresión injusta; luego, si los inimputables no actuaran antijurídicamente, contra sus actos no habría la posibilidad de legítima defensa.

En una gran cantidad de artículos está referida la conducta indistintamente a los imputables y a los inimputables, y no podría ser de otra manera. Porque si se llegara a la conclusión de que sólo la conducta de los imputables importa, entonces los inimputables quedarían por fuera del derecho penal. Con base en qué se someten, entonces, a una medida de seguridad? Claro que en la comisión, en la **realización**, dice muy técnicamente el código, de una acción o una omisión prevista como punible, es decir, de un delito o una contravención.

Ahora les decía que ni en la doctrina, ni tampoco en Colombia, tiene por qué ser nuevo, ni llamar a escándalo esta conclusión de que los inimputables también actúan con culpabilidad. Para eludir la responsabilidad objetiva de los inimputables, los alemanes, que definieron la imputabilidad como capacidad de culpabilidad y excluyeron a los inimputables de la culpabilidad, se inventaron la teoría del *dolus naturalis*, el dolo natural, el dolo sin la conciencia de la ilicitud. Pero un dolo así no corresponde a la realidad, no se da en parte alguna. Nadie puede actuar en forma absolutamente neutral frente al valor, pues una voluntad así no existe. Otra cosa es que la conciencia o comprensión del valor se presente a veces en formas minimales, deficitarias o deformadas. En verdad, ontológica, axiológica, psicológica y jurídicamente, la "conciencia de la antijuricidad", que convierte el nexo psíquico de autoría en culpabilidad, puede revestir dos grandes intensidades, presentarse en dos **grados** diferentes: **Primero**, una forma **plena**, completa e integral, propia de los dos sujetos maduros y normales, que comprenden adecuada y suficientemente los valores sociales inscritos en su conducta y gozan de la capacidad íntegra (dentro de los límites de lo humano) para ajustar esa conducta a su comprensión deontológica de la misma; estos son los sujetos a quienes el derecho penal denomina "imputables" y a quienes la ley impone, como responsabilidad por sus acciones, bajo ciertas circunstancias, la carga de la pena retributiva, en proporción a la culpabilidad (pues es obvio que dentro de un

concepto graduado, existen así mismo grados intermedios o subgrados, toda una gama de intensidades que el juicio de reproche trata de registrar para administrar la cantidad de pena que corresponda en cada caso). **Segundo**, un grado inferior de culpabilidad, propia de los sujetos llamados "inimputables", en el que aquella conciencia de la ilicitud apenas sí se da en forma más o menos incipiente, deficitaria, incompleta o semi-plena, o bien registra malformaciones de diversa índole. Este grado inferior es suficiente para fundar la responsabilidad penal por las medidas de seguridad, inspiradas, ya no en la retribución del abuso de la libertad (plena culpabilidad), sino en la necesidad de la tutela social contra sujetos peligrosos que, no obstante, no responden objetiva sino subjetivamente. Este segundo grado de dicha conciencia del injusto, es, en cierta forma, declarada **irrelevante** por el derecho; irrelevante, no para todos los efectos del derecho penal, sino específica y privativamente para el ámbito de las penas criminales, no así para el de las medidas asegurativas. Eso es lo que sucede, al menos, en un derecho penal de corte binario o dualista, como el contenido en el Código Penal colombiano de 1980. "La observación, —signa CORDOBA RODA—, repetidamente hecha por **Maurach** y por todos los partidarios del finalismo (y aceptada por un apreciable número de doctrinantes), de que el inimputable puede querer un determinado resultado, constituye... una verdad inconcusa" que la "más elemental experiencia" pone de relieve <sup>(8)</sup>.

**Maurach** va mucho más lejos al sostener escuetamente que "el conocimiento del injusto y el error de prohibición tiene importancia también para los inimputables" <sup>(9)</sup>. Si no fuera así, la responsabilidad de éstos, o sería objetiva, o sería por los meros estados de peligrosidad y no por los actos punibles.

Tenemos que sacar la conclusión de que los hechos de los inimputables dan lugar a algún "reproche" jurídico? En cierta forma sí. **Maurach** específicamente no se atreve a emplear la palabra **reproche**, sino que habla de **desaprobación**. El orden jurídico reprueba, desaprueba, rechaza, prohíbe, valora como indeseables o contrarios a sus fines, los actos dañosos típicos de imputables y de inimputables. Sin esto, se dice, la protección de los bienes jurídicos, en el sentido del derecho penal, sería insuficiente. Es entonces cuando se torna necesario, absolutamente necesario distinguir, ya no dos **formas** (nosotros no podemos hablar aquí de formas, porque las formas las definió el código: dolo, culpa o preterintención), sino dos **grados** de la culpabilidad, o si ustedes lo prefieren, para no forzar la terminología tradicional, **grados de la responsabilidad subjetiva**: la plena, propia de los imputables, que tienen madurez psicológica y la sanidad mental, y la incompleta, deficiente, o semiplena, la **semi-culpabilidad**, diríamos de los inimputables.

8. Nota al Tratado de Derecho Penal de Reinhart Maurach, Ariel, Barcelona, 1962, tomo II, pág. 94. Paréntesis fuera de texto.

9. *Ibidem*, Pág. 161.

En la doctrina jurídico-penal, en el finalismo ni fuera del finalismo, es extraña esta conclusión: lo único extraño podría ser el manejo terminológico.

Pero en Colombia tampoco es ello extraño. El Dr. Estrada Vélez escribía, en 1971, (y lo cito muy reiteradamente a él, dejando al margen otros autores, por la importancia que tiene en la creación y en la explicación de este código, porque indudablemente de la "Relación Explicativa" por él redactada, se van a sacar muchas interpretaciones y entonces es necesario entender cómo empleó él allí ciertos términos; porque ya en el Código no interesa mucho cómo los explicó él, sino qué sentido tienen en el contexto mismo del estatuto); la imputabilidad, dice él, en su **Manual de derecho penal**, "no es presupuesto de la culpabilidad", sino de la pena, (yo lo estoy sosteniendo ahora y es lo que creo que sostiene este código), "...en cuanto también los inimputables, al contrario de lo que sostienen Gaitán Mahecha y Mesa Velásquez (y de acuerdo con Bernal Pinzón), son capaces de dolo y culpa, como es fácilmente comprobable" (10).

El Dr. Bernal Pinzón, en el artículo a que el Dr. Estrada se refiere, escrito con bastante anterioridad en una revista de **Cátedra jurídica** a la que no le pude encontrar fecha, pero que parece que fue editada por allá en 1956, en un artículo sobre "imputabilidad y culpabilidad", dice que la imputabilidad "funciona como presupuesto para la pena en sentido estricto" (y aquí comienza el proceso del olvido, ya que el Dr. Bernal Pinzón fue el primero en entender cabalmente que el **Artículo 11** del viejo código penal no contiene una responsabilidad legal positivista, y el último también, porque después se sepultó su interpretación tras una avalancha de criminología positivista que nos derrumbó casi todos los conocimientos jurídicos).

Cuando todavía se podía pensar claramente sobre estos tópicos en el horizonte colombiano, dijo el Dr. Bernal Pinzón que "el **Artículo 11** impone **responsabilidad por la infracción penal** y solamente puede concebirse la infracción en cuanto concurren todos y cada uno de sus elementos (típica, antijurídica y culpable). El género de responsabilidad que en la citada norma se establece es el de la concepción jurídica, o sea la atribución de la consecuencia punitiva derivada de la acción dolosa o culposa", no es una responsabilidad objetiva (11).

Pero es que, se dice, esta interpretación choca contra la "interpretación oficial" del estatuto, si es que hay una interpretación

10. Estrada Vélez, Federico, **Manual del Derecho Penal**, 1a. edición, Editorial Salesiana. Medellín, 1972, Pág. 343.

11. Ensayo y revista citados en el texto, Págs 192 y 196. En idéntico sentido, Antolisei, "Manual de Derecho penal", Uteha Argentina, Buenos Aires, 1960, págs. 242-44.

oficial. Pues depende de dónde uno parta; yo creo que no. Por lo menos de donde yo parto, de la misma "Relación Explicativa" del Dr. Estrada, en la que se lee esta frase completamente acorde con mi explicación, frase que no me hace fácilmente comprensibles las actitudes contrarias que él ha asumido en otras ocasiones en que se han tratado estos temas en diversas ciudades del país. Dice la "Relación Explicativa": "pues tal como se ha dicho, también los inimputables son capaces de dolo y de culpa, por lo que siempre será preciso la investigación psicológica, por lo menos para eliminar situaciones de responsabilidad objetiva", (segunda acepción de la culpabilidad), "como sería el castigo de un inimputable, a pesar de haber obrado en legítima defensa, o caso fortuito" (12).

Dice también la "relación explicativa" que "al referir la capacidad de comprender y de determinación al hecho que se juzga, se elimina toda posibilidad de responsabilidad objetiva para los inimputables, pues el juicio de valor no habrá de referirse a un estado, sino a una específica situación vinculada a un hecho concreto, ubicado temporal, espacial, psicológica y socialmente" (13). Como puede estar ubicado **psicológicamente** un hecho, sino a través del dolo y de la culpa? El derecho penal no conoce, ni aquí ni en ninguna parte, nexos psíquicos entre el acto y el autor distintos al dolo y la culpa; claro que cuando, por ejemplo, Servio Tulio Ruiz habla de la "referibilidad psíquica" como basamento de la responsabilidad de los inimputables en el código del 36, eso mismo se podría trasplantar a este código y hablar de referibilidad psíquica, nexo psíquico, etc., también en este articulado. Pero qué son el dolo y la culpa sino nexos psíquicos? Precisamente, ellos son nexos psíquicos valorados, en cuanto se refieren, no a un hecho indiferente, sino a un hecho prohibido jurídico-penalmente.

III. Qué es el tipo? **Formalmente**, el tipo es la descripción de la conducta punible, y **materialmente**, es el hecho legalmente descrito en cuanto no se justifique. Descripción legal — hecho descrito por la ley. Formalmente, el tipo es la norma incriminadora, aquella que define el delito y determina la pena, en el sentido que exigen los artículos 26 y 28 constitucionales, desarrollados muy bien por el **Artículo 2º** de este código al exigir la **inequívoca** descripción legal del hecho punible. Si se pasara en este Código Penal, o en cualquier otra ley penal, una descripción **equivoca** de un hecho como punible, es decir, un **tipo abierto**, hay dos vías para negarse el juez a aplicarlas: el carácter inconstitucional de los tipos abiertos y, segundo, el carácter contrario de los tipos abiertos al **Artículo 2º** que consagra el **principio rector de la tipicidad**. Claro que el principio de tipicidad

12. **Código Penal Colombiano 1980**, Gama, Bogotá, 1980, Pág. 146, edición a cargo del Dr. Luis Carlos Giraldo Marín.

13. *Ibidem*, Pág. 149.

aquí está redactado como mandato para el legislador, aparentemente. Qué significa eso como mandato para el juez? Que el juez sólo puede aplicar las penas que estén autorizadas por un tipo inequívoco, por un tipo cerrado, por una ley penal que describe el hecho de manera no anfibológica, confusa ni ambigua.

Esta descripción del hecho, constitucional y legal, inequívoca y cerrada, no puede limitarse a la parte objetiva del hecho; **cualquier hecho, descrito únicamente con sus elementos objetivos, es equívoco.** Matar a una persona es una descripción completamente equívoca, porque tanto se puede matar culpablemente, con dolo, culpa o preterintención, y ya ahí tenemos tres graduaciones de responsabilidad, como se puede matar con o sin inimputabilidad, (pena o medida de seguridad), como se puede matar en causa de justificación o en causa de inculpabilidad, o en causa de exclusión de la punibilidad.

Mucho de lo que se elabore en la teoría general del delito en este código depende, naturalmente, de cómo se entienda el tipo, que es el núcleo de la responsabilidad penal en las modernas orientaciones. Hay que ser cuidadoso en la consulta y aceptación de la doctrina extranjera en estos tópicos, porque no todas las leyes están construídas exactamente igual. Nosotros no tenemos, por ejemplo, ni en el código del 36, ni el del 80, el problema que tienen los alemanes con la definición de un artículo de la parte general sobre el error, que habla del *Tatbestand* legal. Aquí tampoco, absolutamente ninguna disposición habla de figura, de modelo o de cosas por el estilo, sino que hablan de "hechos punibles" y "descripción legal" de los mismos.

El tipo se puede y debe construir, en primer lugar, contando con la descripción contenida en la **parte especial** del código. Qué es el tipo, cuál es el contenido de tipo, qué es lo típico? En primer lugar, la parte especial lo dice. Pero no se puede separar la **parte general** de la parte especial del código. Por razones de técnica legislativa, que no por otras razones, la parte especial no describe caso por caso todos los elementos que hacen del hecho, un hecho inequívocamente descrito, sino que, para no tener que repetir cada vez las mismas cosas, como la exigencia de antijuricidad y de culpabilidad, etc., se han establecido unos dispositivos de la parte general que **complementan** la tipicidad de la parte especial. En la parte especial está descrito como delito ocasionar la muerte a otro. Ocasionar la muerte a otro no es todo el suceso típico, sino sólo una parte de él; para determinar el resto de la tipicidad, falta lo que podríamos llamar los **complementos típicos** o los **dispositivos complementarios del tipo**, que están exigidos por la **parte general** y que son la **antijuricidad y la culpabilidad**.

La antijuricidad, como ustedes saben, formal y material, que puede ser excluída por las causas de justificación y por la inocuidad. Que para poderla incluir dentro de la técnica de los tipos, se dice

por algunos, debe recurrirse a la teoría de los **elementos negativos del tipo**, según la cual las causas de exclusión de la antijuricidad son al mismo tiempo negativas de la tipicidad. Ciertamente que no, y el código no ubica expresamente la antijuricidad en el tipo, pero en él es evidente que sin antijuricidad la conducta no está prohibida y por lo tanto no es típica **materialmente**, porque sólo es típico lo prohibido. Se impone aquí, pues, el distingo entre tipicidad formal (o "antinormatividad"), que no se excluye con la justificación, y **tipicidad material**, que sí desaparece con ella por cambiar a **permitido** el signo de lo prohibido.

Y la culpabilidad, entre otros en los artículos 2º, 5º y 40, es también un dispositivo complementario de los tipos de la parte especial: dolo, culpa o preterintención, para cada uno de los tipos, pero las dos últimas sólo en casos especialmente previstos (**artículo 39**).

Sería muy extenso probar que la antijuricidad pertenece al tipo material, y la polémica estaría un poco al margen del código, porque éste no lo determina expresamente y ni siquiera define o conceptúa el tipo. Pero nada más fácil en este Código que probar que la culpabilidad pertenece al tipo:

**Primero:** es indudable que la acción pertenece al tipo; lo que es típico en primer lugar es la acción y, según acabamos de ver, el mismo articulado define las acciones, al hablar de las **formas de culpabilidad**, como conductas dolosas, culposas o preterintencionales. Por tanto, si el dolo, la culpa o la preterintención pertenecen a la conducta, califican a la conducta y no al delito, y siendo éstas las únicas formas de culpabilidad, es absolutamente evidente que la culpabilidad pertenece al tipo (**tipo subjetivo**).

**Segundo:** Esta razón es tan definitiva y contundente como la otra. Es la regulación del error en el **artículo 40**. Cuando, hace casi tres años, nos enfrentamos al Anteproyecto de 1976, en un análisis similar, dijimos que cualquier examen serio del mismo tenía que partir de la regulación del error<sup>(14)</sup>. Aquí también, obviamente, como en todo código elaborado técnicamente, la teoría de la acción, de la acción típicamente antijurídica y culpable, tiene que basarse fundamentalmente en la teoría del error. El error, tanto el **error de tipo** como el **error de prohibición**, excluyen la culpabilidad. La culpabilidad: dolo, culpa o preterintención, según el **Artículo 5**, con relación a la conducta, que indiscutiblemente pertenece al tipo.

14. Cfr., en *Nuevo Foro Penal*, Nro. 2, nuestro ensayo "Nuevo esquema del delito en el Proyecto de Código Penal", Págs. 7 y Sgtes., especialmente Pág. 17. En la misma revista, Nro. 7, "El Nuevo Código Penal y sus Principios Rectores", Págs. 115 y Sgtes.

Ahora piensen ustedes en este argumento más particular: el numeral 4º del Artículo 40, regula el llamado **error de tipo**. Ayer lo decía el Dr. Londoño, lo acepta el Dr. Reyes, lo acepta el Dr. Estrada, parece indiscutible que el numeral 4º regula el error de tipo. Pero sucede que el error de tipo se llama así porque excluye el tipo (subjetivo). Es palmario que esto no es suficiente argumento, porque los redactores pudieron ser incongruentes sistemáticamente. Pero si en este caso no lo fueron, excluyendo por el error de tipo la culpabilidad, es porque ésta pertenece al tipo total. Parece incontestable que nosotros no podemos excluir la culpabilidad sino de donde está incluida. Nosotros no podemos excluir, con el error de tipo, la reprochabilidad sino el tipo. Con el error de prohibición, numeral 3º del mismo artículo, sucede exactamente lo mismo: excluye la culpabilidad, y procede el mismo argumento; luego, si excluye la culpabilidad y la culpabilidad pertenece al tipo, excluye también el tipo. Y ustedes se preguntarán para qué hizo el código diferencia entre el error de tipo y el error de prohibición, si ambos excluyen la culpabilidad? En realidad, a mí no me parece razonable que lo haya hecho. Pero como las distinciones legales hay que hacerlas surtir sus efectos, tengo que mostrarme en desacuerdo con la interpretación que anoche le daba el Dr. **Londoño Jiménez** (y que después le dió el Dr. **Reyes**) a este artículo, en el sentido de que el último inciso del numeral 4º (si el error proviene de culpa el hecho será punible cuando la ley lo prevea como culposo); se refiere a las dos clases de error. Con la venia de tan autorizado concepto, creo que se refiere solamente al error de tipo, porque o si nó tendríamos que aceptar que el legislador hizo una división absolutamente estulta. Cuando yo pienso en esa conclusión de interpretar la ley en el sentido de que hace divisiones que no surten ningún efecto, inexorablemente me acuerdo del cuento, muy manido en Antioquia, de los dos marranitos, el de la derecha y el de la izquierda. El uno vale \$ 200.00 y es mío y el otro también vale \$ 200.00 y también es mío. Diferencias así proceden en la enseñanza, por razones didácticas, pero en la ley sólo arrojan incertidume y sombras.

El error de tipo, en síntesis, excluye la culpabilidad y si es culposo se sanciona por culpa, y el error de prohibición, según los citados intérpretes, también excluye la culpabilidad y da lugar a la imputación culposa. No tendría entonces lugar ninguna diferencia entre esas dos clases de error, si acaso es posible que se pueda seguir esta nomenclatura, que yo lo dudo mucho. Esta nomenclatura de "error de tipo" y de "error de prohibición" es propia de la escuela finalista; se ideó trasladando el dolo hacia el tipo y dejando en la culpabilidad la conciencia de la ilicitud. Aquí, en cambio, las dos situaciones excluyen el mismo elemento del delito, que llama el código **culpabilidad**. Si excluyen el mismo elemento del delito, va a ser difícil aceptar una nomenclatura que se ideó para hacer producir dos consecuencias jurídicas completamente diferentes, oponiendo la primera al tipo subjetivo (culpabilidad psicológica en mi exposi-

ción) y la otra a la culpabilidad (culpabilidad plena o normativa, reprochabilidad, en mis expresiones).

\* \* \*

IV. Qué falta, después de la acción y del tipo (que abarca la acción y se completa con la antijuricidad y la culpabilidad)? Qué falta para llegar a la conclusión del juicio penal? Falta, para la pena, la **imputabilidad**, y, para la medida de seguridad, la **inimputabilidad**.

Grave problema, graves dolores de cabeza nos va a proporcionar este código con la teoría de las medidas de seguridad. Porque la reacción antipositivista y antipeligosista se llevó tan lejos, que se dejó sin fundamento a las medidas de seguridad, conclusión absurda, al desechar de su seno la peligrosidad. Y como no podemos admitirla, por absurda, tenemos que admitir otra peor: **el código identificó o confundió peligrosidad con anormalidad psíquica**. Grave conclusión ésta, porque la antipatía peligosista saltó por encima de **Ferri**, en el que estábamos, a **Lombroso**. Sólo en Lombroso se definía con tanto énfasis la peligrosidad en los mismos términos de la anormalidad psicossomática, como lo hace este código, que no lo hacían los Proyectos del 74, del 76, del 78, ni el del 79, porque son como cinco proyectos sucesivos. El código no es una improvisación, pero éste sí que fue una tremenda improvisación confusionista. Pero la hicieron, ahí está, y bien grave. Piensen ustedes en lo que significa el **Artículo 94**, que habla de las medidas de seguridad aplicables al **enfermo mental permanente**: su internamiento psiquiátrico a perpetuidad, una sentencia penal absolutamente indeterminada. Recuerden que se suspende condicionalmente esa medida de seguridad, sólo cuando el enfermo mental **permanente** recupere su "normalidad psíquica", lo que desde luego no sucederá nunca.

En la teoría general del delito, en la doctrina universal del derecho penal, porque esto no tiene excepciones en ninguna parte del mundo liberal, la medida de seguridad se hace cesar cuando desaparece la peligrosidad del sujeto, cuando el sujeto deja de ser un peligro para sí ó para otros. Porque la función esencial de la medida de seguridad es la prevención especial; pero aquí la cesación o suspensión no depende, como sí en los proyectos anteriores, de que desaparezca la peligrosidad, ya que erradicaron esa palabra, sino de que el sujeto **recupere su normalidad psíquica**.

Cuándo un enfermo mental **permanente** recupera la **normalidad psíquica**? Si **permanente** significa alguna cosa, no la recupera **nunca**. Luego, las medidas penales encontraron aquí el más terrible de los dispositivos del derecho penal tiránico, que es la sanción penal perpetua, no la relativamente indeterminada<sup>(15)</sup>. La sentencia relativa-

15. Cfr. sobre ésto, citas anteriores de **Beristain** y **Cuello Calón**. Véase también otra cita de **Maurach**. Más extenso, sobre el particular, nuestro "Derecho Penal Fundamental", en preparación.

mente indeterminada es la que no tiene un límite de duración prefijado, pero se puede hacer cesar de alguna manera condicionada a la **peligrosidad**. En la sentencia perpetua, en cambio, el enfermo mental permanente que cometa cualquier delito, así sea el más leve de los delitos, o incluso una contravención, porque la reacción es la misma para todos los **hechos punibles**, hay que someterlo a un internamiento vitalicio. Vitalicio o perpetuo, porque jamás los psiquiatras forenses podrán dictaminar que un enfermo mental permanente, por ejemplo un esquizofrénico o un loco moral, recuperaron su normalidad psíquica; o si lo dicen, vamos a publicarlo en toda la prensa del mundo, porque va a ser la primera vez que curan esquizofrénicos y locos morales en el mundo. Entre tanto, esos pobres diablos estarán sometidos a un internamiento inadecuado, antitécnico y deshumanizante, pisoteados por la ley y por el juez penal sus derechos fundamentales de seguridad, libertad, mejoramiento, vida social y dignidad humana.

\* \* \*

En fin, sirva lo anterior como visión general de planteamiento de problemas, más que de soluciones, porque desbrozar estos caminos es muy difícil. Para nosotros preparar estas conferencias, no hemos dispuesto de textos específicos; nosotros tenemos que aventurar las primeras hipótesis, y lo hacemos, desde luego, con plena honestidad científica. Confiamos en que, aunque estas hipótesis sean erróneas, como posiblemente muchas de ellas lo serán, estas hipótesis por lo menos darán la pauta para la refutación y harán, (éste va a ser el triunfo del nuevo Código), que empiecen al fin los estudios del Derecho Penal General en Colombia. Van a empezar, por cierto, con serias discrepancias que ustedes van a notar y a seguir notando a medida que conferencistas y ensayistas se presenten y a medida también que ustedes mismos ahonden, por sus necesidades profesionales, en el entendimiento de este Código.

Muchísimas gracias.

## LA ESTRUCTURA

### DEL DELITO

Dr. Servio Tulio Ruiz

**El presente es el texto de la conferencia dictada por el profesor Servio Tulio Ruiz en el Salón XX del Banco de Colombia en Bogotá, el 9 de Octubre de 1980.**

El tema que se nos ha asignado para esta noche en relación con el nuevo Código Penal, que entrará a regir en enero del año próximo, es de suma importancia, como que comprende casi toda la Parte General del Estatuto y es ciertamente fundamental, pues conociendo la Estructura del Delito en general se puede luego estudiar y analizar fácilmente la parte especial y los delitos en particular. En efecto, conociendo la economía normativa del hecho punible es posible lo que la ciencia penal ha querido y a lo que ha aspirado siempre, vale decir, construir una teoría general de la parte especial.

El tema escogido es el relacionado con la Estructura del Delito conforme a este nuevo Código Penal que ya está siendo estudiado y analizado por los profesionales del derecho, los estudiantes, los jueces y los ciudadanos en general. Pero antes de comenzar el análisis y determinar la Estructura del Hecho Punible, debemos advertir que el tema de esta conferencia se referirá al delito como instituto jurídico y no al delito como acontecimiento. Ya el maestro Grispigni en su Curso de Derecho Penal hacía esta neta distinción y anotaba que era muy necesaria por cuanto que el primero como el segundo son materia de estudio de diversas disciplinas y corresponde a dos conceptos diversos, aunque complementarios. El delito-instituto jurídico es el conjunto de normas positivas en donde se describen las conductas constitutivas del delito y se señalan los requisitos relativos a su nacimiento y extinción, con la indicación de la con-