

## 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-

secuencia jurídica o sanción; es entonces aquello que debe ser cumplido independientemente de que se cumpla, es aquello que se manda o se prohíbe independientemente de su violación. En cambio, el delito-acontecimiento es un hecho del hombre, una conducta, un suceso que reproduce la hipótesis legal. El primero es materia de estudio de las ciencias del **deber ser** y el segundo de las ciencias del **ser** o causales explicativas. Para el primero se utilizan las ciencias normativas, como la dogmática jurídico penal, la filosofía del derecho y otras disciplinas, y para el segundo las ciencias causales explicativas como la criminología, la sociología criminal, etc. De manera que el análisis que se va adelantar ahora del delito es desde el punto de vista normativo, según como está concebido en el nuevo Código y no desde el punto de vista fenoménico, vale decir, como fenómeno individual o social.

Ahora bien: la primera innovación que encontramos en el nuevo Código Penal respecto de la concepción del delito es lo relacionado con la capacidad para cometerlo, esto es la capacidad penal. En la nueva legislación, a nuestro modo de ver, se trae como presupuesto del delito la **imputabilidad** penal, lo cual constituye, junto con la **culpabilidad**, la columna vertebral de este nuevo Código Penal. En efecto, para poder realizar o cometer un delito es indispensable que el sujeto sea imputable, que tenga capacidad penal. El concepto de tal capacidad penal es diverso ahora si se le compara con el del Código Penal de 1936 próximo a expirar. Para este Código de 1936 la imputabilidad no es capacidad al delito, sino atribuibilidad sicofísica del acto al sujeto, el cual de todas maneras es responsable penalmente aún en los casos de anormalidad, ya que a ellos se les aplica una medida de seguridad que es una especie de la sanción criminal. Y concretamente en tratándose de sujetos anormales y establecida esa anormalidad al momento de cometer el hecho, lo que cuenta primordialmente es la imputabilidad física, porque en este Código de 1936 se reafirma el principio de la imputabilidad legal, pues basta esa simple imputabilidad material para que al autor del hecho se le apliquen las sanciones penales porque se le considera socialmente peligroso. Aquí el concepto de peligrosidad, como medida de la pena, es el criterio rector porque sus normas se inspiraron en las doctrinas de la escuela positiva de derecho penal.

Ahora, en el nuevo Código Penal, el concepto sobre la imputabilidad ha cambiado. Este no lo define, pero se refiere a ella en forma negativa, cuando habla de la inimputabilidad en el art. 31, en donde se expresa que hay personas a las cuales no se les deduce responsabilidad penal ni se les aplica una sanción criminal, sino ciertas medidas de tutela, curación y rehabilitación. Estas personas, llamadas inimputables, son las que carecen de capacidad penal y de comprensión en el momento de realizar el hecho legalmente descrito y no pueden determinarse de acuerdo a esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental. De lo dicho hasta aquí se deduce nítidamente que el nuevo Código Penal consagra el fenómeno

de la imputabilidad, de un lado, como capacidad al delito y, de otro, como un modo de ser, una condición, un estado del individuo, porque es maduro y sano de mente. Estos dos conceptos se hallan integrados, pues son exactamente la misma cosa. Imputabilidad y capacidad penal son la misma aptitud, la misma posibilidad del sujeto para cometer delitos y poder ser sometido a una pena criminal. Inimputabilidad, por el contrario, es incapacidad al delito e incapacidad a la pena, ya que cuando el inmaduro o el enfermo de la mente realiza el hecho legalmente descrito, se le somete no a una pena, sino a una medida asegurativa.

De manera que la imputabilidad, de acuerdo con el nuevo Código Penal, es capacidad al delito y en consecuencia éste no puede ser realizado sino por un sujeto que en el momento de ejecutarlo tenga la capacidad de comprender la ilicitud que su actuar origina de acuerdo con una norma penal o que tenga la capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Aclarado este concepto fundamental para que pueda hablarse de delito según la nueva ley penal colombiana, conviene entonces señalar su estructura, sus elementos, su noción, en vista de esa misma ley. En el Código próximo a expirar, el legislador utiliza el término genérico de "infracción" para incluir tanto al delito como a la contravención. Ahora, en la nueva ley, se utiliza el término "hecho punible", con la misma connotación, esto es, incluyendo las dos especies anotadas, sin señalar un criterio de distinción entre ellas, por lo que parece que desde el punto de vista de su estructura y de sus elementos normativos son exactamente iguales. De manera que cuando se habla de hecho punible se está haciendo referencia al delito y a la contravención.

Ahora bien: respecto de su concepto, el nuevo Código Penal ofrece inicialmente una noción tautológica diciendo que el delito es en hecho expresamente previsto como punible por la ley penal al tiempo en que se cometió y sometido a pena, según el art. 1. En otras palabras, el delito sería, según la disposición citada, la conducta humana a la cual el ordenamiento jurídico le asigna una sanción criminal como consecuencia de su realización. Esta definición se explica porque tal ordenamiento jurídico está constituido por mandatos o prohibiciones que deben observar los componentes del grupo social y, en caso de incumplimiento de los primeros o violación de las segundas, el autor tiene que sufrir una disminución de sus bienes jurídicos, la que se designa con el nombre de pena criminal. Este concepto meramente formal nos sirve como punto de partida para su análisis estructural o normativo. Si el delito, como lo dispone el art. 1 del nuevo Código, es la conducta expresamente prevista como punible, se puede ofrecer ya la primera ecuación jurídica mediante la cual se presenta la noción basilar del ilícito penal, en vista de nuestro ordenamiento. Tal ecuación sería: conducta típica igual pena criminal. Esta ecuación representa la forma más sim-

ple y llana del delito. Se parte del concepto de que en el término "conducta típica" se incluye todo acontecer humano, positivo o negativo, correspondiente a una descripción legislativa o tipo penal, violatorio de una prohibición o incumplidor de un mandato penales, que acarrea una consecuencia jurídica, consistente en una pena criminal, o sea, la más fuerte disminución de bienes jurídicos que existe en el ordenamiento legal del Estado. La ecuación simple antes señalada nos sirve para llegar a otra más compleja, en la cual se comprenda sin residuos todos los requisitos y elementos del hecho punible, a fin de poder construir la estructura jurídica y esquemática del delito y para ofrecer un sistema conceptual que permita un análisis completo de sus elementos normativos, los cuales comienzan a descubrirse en el art. 1 citado. Pero también entran en juego otras disposiciones, necesarias para establecer su concepto, que establecen los siguientes principios:

— para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable, lo dispone el art. 2;

— la ley debe definir el hecho punible de manera inequívoca, según el art. 3;

— para que una conducta sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídicamente tutelado en la ley, de acuerdo con el art. 4;

— para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad, lo dispone el art. 5;

— nadie puede ser penado por un hecho si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención, de acuerdo con el art. 35;

— el hecho punible puede ser realizado por acción u omisión, dice el art. 19; y

— el resultado del cual depende la existencia del hecho punible debe ser consecuencia de la acción u omisión del sujeto y cuando éste tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo, de acuerdo con el art. 21.

A estas disposiciones podrían agregarse otras para la comprensión de la estructura del delito, según el nuevo Código Penal, pero la verdad es que las antes señaladas son las que no permiten su noción total, sin residuos. Para este Código básicamente el delito es un hecho típico, antijurídico y culpable, acogiendo en esta forma la teoría de la tripartición y la concepción analítica dominante en Alemania e Italia. Se considera al delito como un hecho humano típicamente antijurídico y culpable a diferencia de algunos autores que opinan que el ilícito penal es un todo unitario desde el punto de vista ético-jurídico y que la antijuricidad (comprendida en esta la culpabilidad) no es un elemento del delito, pues su esencia consiste en ser un acto contrario al derecho con elementos estructurales y

características teleológicas que determinan la atribución del ilícito a determinado sujeto.

Pero regresando a la definición legal del delito ofrecida por el nuevo Código Penal colombiano, especialmente en su art. 2º, se debe anotar que sus elementos estructurales serían tres: 1) el **hecho típico**, esto es, el elemento objetivo o material; 2) la **antijuricidad** o elemento jurídico; y 3) la **culpabilidad** o elemento subjetivo o psicológico. Antes de seguir adelante, es menester aclarar que cuando se habla de elementos se está empleando el término como sinónimo de requisito, en el sentido de lo que es necesario para determinar y estructurar al delito, entendiéndose que ellos en su conjunto forman las partes de un todo conceptual y único, cuya esencia consiste en ser un acto contrario al derecho, que produce un malestar y un desequilibrio social, pues ataca intereses que hacen parte de la estructura ética y moral, conforme lo ha entendido el legislador.

De modo que teniendo presente y analizando la definición legal que del delito ofrece el nuevo Código Penal, debemos entender que éste es esencialmente:

1. Un **hecho típico**, en el sentido de que es una conducta negativa o positiva (acción u omisión) de la persona humana que corresponde a un modelo legal;

2. Un **hecho antijurídico**, en cuanto que el sujeto con el hecho típico incumple un mandato o viola una prohibición y lesiona o pone en peligro, sin justa causa, un bien jurídicamente tutelado; y

3. Un **hecho culpable**, porque el hecho típico y antijurídico se le debe atribuir al sujeto como a su causa síquica, ya que lo ha realizado teniendo la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

De la misma manera se puede decir que tres principios fundamentales gobiernan la estructura del delito a la luz de la nueva legislación penal, a saber:

— no hay delito o hecho punible sin conducta humana que reproduzca la hipótesis abstracta delineada en la norma penal, **nullum crimen sine conducta**;

— no hay delito si la conducta típica se realiza conjuntamente con una causa de justificación, vale decir, si no es antijurídica, **nullum crimen sine injuria**; y

— no hay delito si la conducta típica y antijurídica no es culpable, esto es, si no es referible síquicamente al sujeto y si no se le puede reprochar a título de dolo, culpa o preterintención, **nullum crimen sine culpa**.

Ahora iniciemos el análisis de cada uno de los elementos que forman la estructura del delito, de acuerdo y teniendo presente los

principios y los esquemas antes señalados y que han sido tomados de la nueva legislación penal colombiana.

### 1º LA CONDUCTA TIPICA

En efecto, el primer elemento estructural del delito es la "conducta humana", pero el nuevo Código se refiere a ella por lo general empleando la palabra "hecho", término no del todo acertado y feliz como lo ha señalado la doctrina. **Hecho** significa un acontecimiento, un suceso, una modificación del mundo exterior que puede ser producida por una fuerza humana, natural o subhumana. En la palabra "hecho" se incluyen los realizados por el hombre, los acontecimientos de la naturaleza o los producidos por los animales. Inclusive el hombre puede realizar varias clases de hechos: 1) los que se refieren o son referibles a su voluntad; y 2) aquellos que no lo son, los que produce sin conciencia de su producción, bien por una causa externa, como los movimientos reflejos e instintivos, en los cuales no hay clara noción del fin por conseguir. Los hechos humanos y subhumanos no voluntarios no pueden ser la base de un hecho de los que ahora llama la ley punibles. Solamente los hechos voluntarios son los valorados por el derecho penal, vale decir, los actos humanos. **Acto** es todo hecho voluntario, y solamente el acto tiene un significado para el derecho penal y es la base de un delito. De manera que si el legislador en el nuevo Código Penal quería utilizar un vocabulario acertado, moderno y técnico, ha debido hablar de "acto" y no de "hecho". El **hecho** es el género y el **acto** es la especie referida a la voluntad. A propósito dice Jiménez de Asúa lo siguiente: "empleamos la palabra acto y no hecho, porque hecho es todo acontecimiento de la vida y del mundo de la naturaleza. En cambio acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta".

Hecha esta debida aclaración, decíamos que el primer elemento del delito es la conducta típica conforme se deduce de las disposiciones citadas. En efecto, en la base de todo delito está un elemento material, objetivo y físico, cuyo estudio es fundamental si se quiere conocer la esencia misma de la infracción. Pero para constituir el delito, no basta ciertamente una conducta cualquiera, de las que realiza el hombre en su actividad existencial. Es menester que la conducta o acto o comportamiento del hombre se realice fuera de su mundo interior, salga de su yo y se exteriorice dejando una huella externa y alterando las condiciones preexistentes a su actuar y además, es indispensable que esa modificación del mundo externo, esa conducta o acto corresponda o pueda ser subsumida bajo un tipo legal penal expresamente previsto con anterioridad a su realización. Es indispensable, entonces, que esa conducta sea típica.

Pero antes de desarrollar el tema de la **tipicidad** como característica del delito, conviene profundizar un poco respecto de esa conducta que debe adecuarse al tipo para que se estructure el primer elemento del ilícito penal. En efecto, la conducta, considerada obje-

tivamente, no es más que un movimiento o inercia del cuerpo, que de por sí constituye una modificación del mundo exterior. Desde el punto de vista naturalista, la conducta puede consistir en un **facere**, o sea, en un movimiento corporal perceptible por los demás; y en un **non facere** que es un estado de quietud de aquellas partes del cuerpo controladas por la voluntad del sujeto. La primera se designa con el nombre de acción y la segunda con el de omisión, conforme al art. 19 del nuevo Código.

Pero, desde el punto de vista normativo, es decir, en relación con el ordenamiento jurídico, el concepto naturalista atrás ofrecido no encuadra preceptivamente, por cuanto una conducta activa, consistente en un movimiento corporal, puede considerarse como una omisión, si se le relaciona con una norma penal. En efecto, para que una conducta sea un ilícito penal es indispensable que reúna ciertas características que no son otras que las de corresponder a un tipo legal penal, pero esto no obsta para que el tipo legal sea una conducta que constituye el objeto de la valoración. De la anterior afirmación se deduce que es necesario distinguir entre los delitos de acción y de omisión en forma diferente a la distinción hecha entre quietud (conducta omisiva) y movimiento corporal (conducta activa), pues se trata de dos nociones totalmente diversas. En efecto, el no ser una cosa conforme con lo esperado, con base en una norma, puede encontrarse tanto en el movimiento corporal del agente (actividad) como en la quietud del cuerpo (inactividad). Mientras que desde el punto de vista naturalista puede existir una conducta consistente en una acción, al mismo tiempo dicha conducta, normativamente considerada, puede consistir en una omisión. Lo anterior significa que una conducta es activa u omisiva (delito de acción o de omisión), mirada penalmente, no porque consista en un movimiento o inercia corporales, sino más bien en virtud de un juicio de relación y de valoración que se verifica en consideración a una norma de derecho penal, por presentarse contraria o conforme a ella la conducta. Concluyendo tenemos que hay acción cuando mediante un movimiento o quietud corporales se viola una prohibición contenida en una norma penal; y que hay omisión cuando mediante la inercia o el movimiento corporal se incumple un mandato contenido en una disposición penal. Es decir, hay omisión cuando se realiza una conducta diversa a la que se esperaba con base en una norma penal.

Por otra parte, esta conducta que estamos señalando como elemento primario estructural del delito, debe producir un resultado que hace parte de la noción conceptual de ese primer elemento objetivo y material del ilícito penal. Se sabe que la consecuencia o efecto del hecho o conducta es lo que se designa con el nombre de **resultado**. Pero, es necesario aclarar que desde el punto de vista del derecho penal no toda consecuencia, no todo efecto es el resultado de la conducta, sino aquel efecto que forma parte del contenido de un delito o de sus agravantes. La conducta que es fuerza física en movimiento, produce innumerables consecuencias, las cuales a su

vez son el punto de partida de otras muchas que se pierden en el infinito y escapan al conocimiento del hombre. La conducta, como materia en movimiento, produce, no la transformación de la misma, sino cambios en ella, en virtud del principio de la indestructibilidad. Esos cambios o consecuencias producidos por la conducta son sus efectos, los cuales se diferencian del resultado, aunque una parte de los primeros, poco considerables, vienen a formar e integrar el segundo. Por ejemplo, una conducta homicida produce innumerables efectos, en primer lugar trae como consecuencia la muerte de una persona: es el efecto principal que salta a nuestra vista. Pero también trae consigo otros efectos y sucesos como el disparo con el revólver, si es que se produjo con esta clase de arma, el entierro de la víctima, la disminución patrimonial, el llanto de los deudos, el dolor de los amigos y parientes, etc. Todos estos efectos de la conducta homicida, producidos por el movimiento corporal o la inercia del delincuente, no interesan al derecho penal, no pueden considerarse penalmente hablando, como resultados de la conducta del agente, aunque bien pueden interesar al derecho privado o a otras ramas del derecho.

Entonces, si lo anterior es cierto, cabe preguntar cuál es el efecto natural de la conducta que se considera como el resultado respecto de la estructura del delito? La respuesta es sencilla: **resultado** es solamente el cambio del mundo exterior, producido o no impedido por la conducta humana, significativo para el derecho penal. Es decir, se entiende por resultado el efecto de la conducta que forma parte del contenido del delito o de sus agravantes. En el ejemplo del homicidio, el efecto natural de la conducta de que trata el art. 323 del nuevo Código Penal es la muerte de una persona, es lo que constituye el resultado del comportamiento homicida. Para la concreción de este elemento material del delito nada tienen que ver los otros efectos o consecuencias que ha producido la conducta del culpable. En otras palabras, cuando un efecto natural de una conducta tiene un colorido normativo en la tipificación del delito se puede hablar de resultado en sentido técnico.

Pero el análisis del elemento material que estamos tratando no quedaría completo si se omite el estudio del **nexo de causalidad** objetiva, para aquellos delitos en que se requiere en su estructura típica la verificación de un resultado. Se llama nexo de causalidad la relación material que media entre la conducta y el resultado, en virtud del cual se le pueda atribuir dicho resultado a un sujeto como a su causa material. Algunos códigos en la parte general tratan el problema de la relación causal. El Código Penal próximo a expirar calla en este aspecto y el nuevo sí trae un concepto legal sobre este fenómeno, en su art. 21, no obstante que en la Comisión Redactora de 1972, cuyo proyecto de 1974 sirvió de base al decreto 100 de 1980, se levantaron voces muy autorizadas contrarias a una definición legal de este fenómeno natural y jurídico, al mismo tiempo. La política legislativa de esa Comisión fue la de no introducir definiciones

en el Código. Empero, las Comisiones posteriores consideraron como "una innovación importante" introducir la definición de la causalidad transcribiendo el art. 40 del C.P. italiano, el cual ha dado motivo a innumerables controversias y a copiosas críticas, aun no terminadas ni canceladas por los importantes juristas de ese país.

Ahora bien: en tratándose de delitos de resultado no existe ningún estatuto penal que no exija, por razones obvias, una relación de causalidad material entre la conducta del hombre y el resultado producido, precisamente para poder atribuírselo como quien atribuye un efecto a una causa. La razón de esta atribución resulta de la circunstancia de que una modificación del mundo externo que no tenga ningún ligamen o nexo con la conducta del reo o un acontecimiento que sin el actuar del sujeto se hubiese realizado de todas maneras, no puede considerarse como su obra, y, por tanto, no se le puede cargar a su cuenta.

El problema del nexo de causalidad material en derecho penal surge del hecho de que, desde el punto de vista estrictamente empírico-científico, causa en rigor es la totalidad de las condiciones o antecedentes indispensables para que de un hecho se verifique otro hecho. Causa, según Stuart Mill, es el antecedente necesario y suficiente de un fenómeno. Pero resulta que el hombre con su actuar y comportamiento no realiza en realidad todas las condiciones, no pone todos los antecedentes de un hecho, por la circunstancia de que en su producción pueden concurrir condiciones y antecedentes que no han sido puestos por él y que, por lo tanto, son extraños a su comportamiento. Cuando la ley exige que el resultado sea la consecuencia de la conducta, no se está refiriendo al concepto de causa, como el conjunto de todos los antecedentes y condiciones para que un fenómeno se produzca, porque en tal caso las leyes serían completamente inaplicables, ya que el hombre nunca pone con su conducta todas las condiciones y antecedentes de los que se deriva el resultado lesivo o peligroso. Y, además, científicamente se debe acenar con todas las condiciones que producen determinado resultado, miradas en concreto cada una de ellas son indispensables para que efectivamente se verifique. De tal suerte, es preciso indagar si lo mismo ocurre desde el punto de vista jurídico. Al respecto en la doctrina se han enunciado innumerables teorías que no es el caso de explicar. Más bien conviene construir una teoría con base en el art. 21 del nuevo Código Penal que se refiere en concreto al nexo de causalidad material.

En efecto, como se ha dicho, a diferencia del Código de 1936, el nuevo Código de 1980 se ha comprometido con una noción del nexo de causalidad, la cual tomó, casi libremente, del C.P. italiano; pero a medias, pues no transcribió en la ley colombiana todas las disposiciones que sobre este tema trae la legislación de ese país. Solamente se limitó a tomar el art. 40 que corresponde al art. 21 de nuestro Código. Esta norma no aparecía en el proyecto de 1974 y correspondió a la Comisión de 1976 la responsabilidad de abordar

normativamente esta cuestión y las posteriores Comisiones aceptaron esta decisión, esto es, involucrar al Código en esta especie de "zona sísmica" del derecho penal que es el tema del nexo de causalidad.

Ahora bien: estamos de acuerdo en la necesidad de una formulación legislativa respecto del nexo de causalidad material que debe correr entre el hecho y el resultado que forma parte del contenido del delito o de sus agravantes y por eso se saluda con beneplácito la aparición del art. 21 en el nuevo Código Penal, así se haya hecho uso de una norma vieja, criticada y controvertida del C.P. italiano. Por fortuna esa norma es tan amplia y elástica que permite formular, con base en ella, una solución adecuada, correcta y de acuerdo con los principios de la equidad y la justicia que informan el derecho penal moderno, el cual actúa sobre un plano de defensa de los intereses individuales sin olvidar el interés público o social de la comunidad, que en los tiempos que corren tiene que librar una batalla sin cuartel contra el fenómeno de la criminalidad siempre creciente e invasor de la tranquilidad colectiva.

El art. 21 del nuevo C.P. dispone que, para la existencia del hecho punible, es menester que el resultado del cual depende su existencia, debe ser la consecuencia de la acción u omisión. Pero cuándo la una y la otra se colocan como antecedente, vale decir, cuándo son la causa del resultado? La respuesta parecería sencilla. Causa de un resultado son los antecedentes necesarios y suficientes para producirlo, son los que sin los cuales el resultado de ninguna manera se verificaría. Esos antecedentes o condiciones son los que de por sí, sin la intervención de otros concomitantes o preexistentes, serían aptos para obtener aquella modificación del mundo externo (resultado) que forman parte del contenido del hecho punible. Pero como el hombre, en general, no pone ni coloca todos los antecedentes que son indispensables para formar la causa de un hecho (resultado), entonces el antecedente que debe colocar el sujeto, concretado en su acción u omisión, es aquél que es idóneo para producir el resultado. Esta idoneidad del accidente que se establece caso por caso, requiere un juicio concreto, teniendo en cuenta todos los elementos del hecho en particular, pues se trata de una valoración o juicio en concreto. En efecto, para que una conducta pueda ser idónea para producir un resultado, no es necesario que tenga la probabilidad, sino que basta una posibilidad de cierto relieve, lo cual se puede establecer trasladando la mente al momento en que la conducta fue ejecutada, mediante el sistema del llamado pronóstico póstumo y acompañado de un criterio en concreto y en relación con las circunstancias reales del tipo penal.

De manera que según la interpretación que podemos darle al art. 21, para que un resultado se considere la consecuencia de una acción u omisión, es preciso que en el momento del hecho tal persona haya puesto un antecedente o condición calificado de ese resultado, el cual se determina y se considera por la relevante posi-

bilidad para ocasionarlo. En esta forma se acoge la teoría expuesta por el profesor Grispigni y adaptable a nuestra legislación.

Para terminar el análisis del nexo de causalidad conviene advertir que ese mismo art. trae un inciso relativo al fenómeno del nexo causal en la omisión, el cual dispone que cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado, y pudiendo hacerlo, equivale a ocasionarlo. Este inciso parte del supuesto de que no constituye obligación para todos los ciudadanos impedir un resultado antijurídico o delictuoso, sino solamente en los casos en que la persona tiene el deber jurídico de impedirlo. La norma es, pues, muy clara, pero requiere algunas precisiones. En efecto, de la disposición que comentamos se deduce que la causalidad entre la omisión y el resultado no es suficiente, ya que la ley requiere, no solamente que se determine el resultado, que éste sea consecuencia de la omisión, sino que además que el sujeto se haya abstenido de cumplir con un deber de naturaleza jurídica, cual era el de impedir su verificación. Pero no se trata de un deber cualquiera, sino de un deber de naturaleza y carácter jurídico y no simplemente moral o ético. Entonces, el deber que viola el que omite debe estar indicado en el ordenamiento jurídico del Estado y puede ser un deber general, relativo a todos los ciudadanos o específico, dirigido a un individuo o grupo, puede provenir de una orden de autoridad competente o de una providencia jurisdiccional, puede ser de derecho penal o extrapenal, de derecho público o privado, expreso o tácito. En definitiva el deber tiene que encontrar su origen y su fuente en la ley positiva, razón por la cual se excluiría la costumbre o la práctica social.

Siguiendo en el estudio de este primer elemento queremos recordar que al principio se decía que la conducta debe ser típica, debe corresponder a un tipo legal penal y que la **tipicidad es una característica de la conducta** o del hecho humano que para ser ilícito, debe presentar precisamente el atributo de la subsumibilidad o de la adecuación o de la correspondencia, como se quiera llamar, a un modelo o tipo legal penal o figura delictuosa.

En el concepto de tipicidad se hace indispensable distinguir la noción de **tipo** y de **adecuación típica**, porque se trata de dos conceptos diferentes, aunque complementarios, como se verá en seguida. El **tipo** es la abstracción concreta que ha realizado el legislador o los detalles necesarios para la descripción del hecho que se cataloga en la ley como delito. En otras palabras, el tipo consiste en el conjunto de los elementos que de acuerdo con una norma debe presentar la conducta humana para que sea sometida a una pena. La **adecuación típica** o subordinación es la correspondencia o acuerdo de la conducta humana con la figura, modelo o tipo abstractamente descrito en la disposición penal. Es, dicho de otra manera, la subsumición del hecho concreto en la descripción legislativa. En el primer caso, o sea, el tipo, es la conducta concretada en la norma; y en el segundo, esto es, la adecuación típica, es la conducta que el

hombre desarrolla en el mundo exterior y que ha sido descrita de antemano en la ley, en el sentido de que tal conducta se encuentra ligada y puede ser adecuada o subsumida en un tipo legal penal.

De otra parte, es también necesario anotar que en la reconstrucción sistemática del tipo o modelo legal, se deben tener en cuenta los siguientes aspectos: la conducta y sus diversas modalidades o especies; el sujeto activo del tipo; el resultado de la conducta; el tiempo, lugar e instrumento de la conducta. En cuanto a esta última se puede anotar que es captada por la norma o tipo legal partiendo de la realidad y la describe con una serie de datos, en la forma como se puede desarrollar en el mundo externo, pero naturalmente los más importantes, de acuerdo con el criterio del legislador y la técnica legislativa que adopte, de manera general y abstracta, unas veces en forma sencilla y otras en forma compleja, unas veces mediante la descripción de aspectos o datos meramente objetivos, pero también con referencia a conceptos normativos o proyecciones de índole subjetiva referidas a la finalidad que persigue el agente. Por esta razón se dice que en la estructura del tipo concurren tres clases de elementos: descriptivos, normativos y subjetivos, que no es el caso de analizar en este momento.

Empero, debemos hacer, aunque sea en breve referencia, para terminar el análisis de este primer elemento del delito, a los tipos **complementarios** o de **amplificación**. En efecto, en no pocas ocasiones sucede que el agente no realiza en su totalidad la conducta descrita en el tipo legal penal, ejecutando actos idóneos y dirigidos únicamente a la consumación del delito dando comienzo a su ejecución o no alcanzando el resultado que forma parte del contenido del ilícito, por circunstancias ajenas a su voluntad. En este caso estamos en presencia de un conato o tentativa de delito, lo que significa que no hay consumación. En no pocas ocasiones también puede suceder que el agente busque la colaboración, la ayuda, la cooperación de otras personas para la realización y consumación del hecho punible y que estas efectivamente concurren con el agente a la realización de su designio criminoso participando en la ejecución de la conducta descrita en el tipo legal penal. En este evento estamos en presencia del fenómeno de la participación. A este propósito es necesario anotar que en la parte general de los códigos penales existen tipos que prevén estas dos situaciones y que sirven como complemento a manera de **amplificación** de los tipos señalados en la parte especial de dichos códigos. Son tipos esencialmente subordinados, puesto que no pueden existir ni tienen razón de ser, sino van conectados y relacionados con el tipo principal en donde se describe el hecho punible en la totalidad de sus elementos objetivos, esto es, en la totalidad de los comportamientos o conductas penalmente ordenados o prohibidos cuya realización es sinónimo de delito. Los tipos complementarios o de amplificación previstos en la parte general del nuevo Código Penal son la **tentativa**, art. 22, y la **participación**, arts 23 y 24, cuyo contenido y redacción han variado.

En lo que respecta a la tentativa, el Código Penal próximo a expirar la describe en diversas figuras: el delito imposible, la tentativa propiamente dicha, la frustración y el delito desistido, lo cual ha traído como consecuencia dificultades de orden práctico, controversias jurisprudenciales y doctrinales y, en fin, dificultad en la aplicación de las normas. Ahora, el nuevo Código Penal, ha eliminado el fenómeno del delito imposible, en homenaje al principio según el cual no hay delito sin tipicidad; la tentativa desistida por cuanto que se trataría de un comportamiento no reprochable en vista de que no lesiona o pone en peligro ningún interés jurídicamente tutelado; y la frustración que con la tentativa quedó refundida en una única disposición. En efecto, el art. 22 dispone que ocurre la tentativa cuando el que iniciare la ejecución de un hecho punible, mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, el agente sufrirá una pena disminuida a la prevista en el tipo del delito de que se trate.

Lo primero que se observa de la lectura de esta disposición es que la figura de la tentativa se refiere tanto al delito como a la contravención, pero no sucede lo mismo respecto de los delitos culposos, los omisivos y los que de por sí constituyen un atentado, bien porque la ley establece que no es posible la tentativa cuando hay ausencia de intención; porque la norma establece anticipadamente el momento consumativo del hecho como, por ejemplo, en las figuras de los arts 111 y 114, en donde se tipifican autónomamente actos dirigidos a un fin o resultado determinado, sin que sea necesario que se realice, y cuya punibilidad, como atentado simplemente, se prevé por razones de mera política criminal, como delito autónomo y no como delito imperfecto. De la misma manera, sucede con los llamados delitos formales, en donde el resultado se confunde con la acción o mejor en donde no hay resultado, puesto que la realización de un acto o de la acción configura inmediatamente el tipo penal, ya que tales delitos formales son aquellos en que la conducta está constituida por un único acto.

De acuerdo con la nueva norma sobre la tentativa, los requisitos de ésta serían tres: a) realización dolosa de actos idóneos; b) inequívocamente dirigidos a la realización de un hecho punible; y c) no consumación del hecho punible por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

Los dos primeros requisitos se distinguirían por ser elementos **positivos** y el último por ser indudablemente **negativo**, el cual obraría como condición diferenciadora entre la tentativa y el delito consumado.

Respecto del primer requisito observamos cómo corre una reducción totalmente diversa entre las normas del Código de 1936 y el nuevo, pues el primero habla de "dar principio" a la ejecución de

un delito o ejecutar "todos los actos necesarios", etc. y no obtener el resultado, en ambos estatutos, por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

Como es de todos conocido, el Código próximo a expirar distingue entre la tentativa incompleta o inacabada y la frustración o tentativa completa o acabada, distinción que el nuevo Código elimina normativamente, aunque como es obvio se presentará en la práctica.

Nos vamos a detener un poco en el análisis de la expresión "actos idóneos" que usa el nuevo Código Penal al definir la tentativa. No hay duda de que surgirán en la doctrina y en la jurisprudencia problemas, seguramente casi insolubles, porque qué criterio debe emplear el intérprete para determinar y saber cuándo los actos son idóneos? Por qué el legislador utiliza en plural la palabra "actos"? Es que no se puede dar comienzo a la ejecución de un delito con un solo acto idóneo y no alcanzar el resultado por una circunstancia ajena a la voluntad del agente?

En primer lugar, a nuestro modo de ver, salvo mejor opinión, para saber si los actos son idóneos debe cumplirse, por parte del juez, una valoración de ellos en concreto y no en abstracto. Naturalmente como lo anota la doctrina, especialmente italiana, a propósito del análisis del art. 56 del Código de ese país, si la valoración que se hace de la idoneidad de los actos es en concreto, se presentaría la objeción de que precisamente porque no se consumó el delito, los actos no eran ciertamente idóneos para alcanzarla. Y si se valora en abstracto, quedarían por fuera muchos actos y se considerarían como idóneos, aquellos que concretamente lo eran para consumar el delito, el cual no se obtuvo por factores causales ajenos a la conducta y voluntad del agente. Muchos autores se refieren a la idoneidad del medio, más que a la idoneidad de la conducta, pero la verdad es que el medio, por si solo, no puede ser en abstracto idóneo o inidóneo! por ejemplo el agua azucarada es inidónea para causar la muerte por envenenamiento, pero puede ser idónea si se le suministra a un diabético.

En realidad el problema de la idoneidad de los actos hace relación indudablemente al nexo de causalidad material. El principio de la causalidad material, en efecto, permite considerar que si un determinado resultado no se ha verificado, significa que las condiciones que se presentaban como indispensables para su verificación no se han reunido en su totalidad, pues si una conducta no produce un resultado, es porque era inidónea para producirlo con base en el principio de la causalidad material que el nuevo Código postula en el art. 21. Y al contrario, si produce el resultado, es porque la conducta era absolutamente idónea para producirlo y consumarlo.

Naturalmente que la idoneidad de los actos se deduce también de su **univocidad**, pues no olvidemos que la ley habla de actos idóneos inequívocamente dirigidos a la consumación del hecho punible, requisito no hay duda que está íntimamente ligado con el an-

terior. La univocidad es un concepto objetivo, es una exigencia que se hace al agente para que su conducta se dirija, sin posibilidad de equívocos, directamente a la consumación de un delito determinado. Postula también un ingrediente subjetivo en la tentativa, pues a través de este requisito, se está señalando la intención del agente, que no puede ser otra que la de cometer un delito determinado, el cual no se perfecciona, no obstante su intención, por una causa o circunstancia ajena a su voluntad.

Esto es en cuanto a la tentativa; en cuanto a la participación, norma también amplificadora, ya vimos que está prevista en los arts. 23 y 24 del nuevo Código Penal. En el art. 23 se describe al autor propiamente dicho y al autor intelectual. La norma no está correctamente redactada, porque si el autor es el que realiza la conducta descrita en el tipo, esto es, el que ejecuta materialmente el comportamiento, este autor no debería estar mencionado en el tipo amplificador de la participación, porque ya lo está en el tipo básico de la parte especial, cuando precisamente se describe el sujeto activo del delito. Si el art. 23 citado dice que es autor "el que realice el hecho punible", es indudable que tomado literalmente se refiere al sujeto activo principal, ya señalado, como es los que deberán estar indicados en el tipo complementario de la participación. En efecto, realizar un delito es ejecutar en su totalidad fáctica la conducta descrita en la norma, lo cual corresponde al sujeto activo primario pues el coautor es el que interviene apenas en la ejecución o la auxilia. Con esta debida observación, corresponde analizar brevemente los arts. 23 y 24 del nuevo Estatuto Penal. De su atenta lectura deducimos que en la ley en lo que se refiere a la participación, distingue en el primer artículo el **autor realizante** y el **autor determinante**, y en el segundo al **cómplice contribuyente** y al **cómplice ayudante**, todos los cuales se entienden comprendidos dentro del término genérico de **copartícipes** que estudiaremos separadamente a continuación.

**Autor realizante.** Esta clase de partícipe es el que en la doctrina tradicional se le conoce como **autor material**, por cuanto que, en tratándose del fenómeno de la participación, es el que realiza conjuntamente con otro u otros sujetos la conducta descrita como delito en la ley. En efecto, observamos que el art. 23 emplea el verbo **realizar**, el mismo utilizado en el art. 19 y 35, cuando habla en la primera disposición, de que el delito puede ser realizado por acción u omisión y, en la segunda, cuando se refiere a que tal hecho debe ser realizado con culpabilidad. En ambos casos **realizar** es ejecutar el delito en todos sus elementos integrantes y estructurales indicados en el art. 2, esto es, la conducta típica, la antijuricidad y la culpabilidad. De manera que en el instituto del autor realizante se parte del supuesto según el cual varios agentes concurren mediante acuerdo expreso o tácito, deliberado o repentino, a la comisión de un delito, el cual ejecutan material, ilícita y culpablemente. En consecuencia, en esta clase de participación se requieren los siguientes elementos:

1) La existencia de una pluralidad de sujetos, requisito éste ciertamente indispensable, como que es la esencia misma de la co-participación criminal;

2) Es indispensable que los autores (o mejor los coautores) realicen la conducta descrita en el tipo penal en su aspecto material.

3) Es preciso que intercorra un nexo de causalidad entre las conductas de los autores realizantes y el resultado obtenido; y

4) Es necesario que los sujetos concurren culpablemente a la realización del hecho. Esto nos permite formular la tesis, según la cual de acuerdo con el nuevo Código la participación culposa es posible. En el Código próximo a expirar la doctrina negaba esta clase de participación y solamente aceptaba la dolosa.

**Autor determinante.** Esta clase de partícipe es el que determina o instiga o impulsa a otro a realizar el delito. En la doctrina se le designa generalmente con el nombre de autor intelectual. El autor determinante implica o supone la existencia de uno o varios autores realizantes del delito en su aspecto material, porque el intelectual no ejecuta materialmente la acción o la omisión, bien porque no lo desea o no puede. En él nace la idea delictuosa y se la comunica a otro para que la ejecute, convirtiéndose, como decían los clásicos, en el motor o la causa moral del delito. El autor determinante instiga, excita, provoca e induce a otro a obrar y participa, entonces, en el hecho delictuoso con voluntad y no con comportamiento material. Por eso se habla de concurso de voluntad sin concurso de acción. Sus elementos son: 1) voluntad de concebir, planear la idea criminosa y la de inducir, instigar, aconsejar, mandar, etc., a otro a la realización del delito; y 2) la realización material del hecho por el autor realizante el cual lo ejecuta en la totalidad de sus elementos fácticos y jurídicos.

**Cómplice contribuyente.** Es el que colabora y presta un auxilio de cualquier naturaleza al autor realizante o material, sin participar en la realización de la conducta del tipo legal de que se trate. Presupone, pues, la existencia de un autor que ejecuta el hecho típico, antijurídico y culpable al cual concurre este partícipe prestándole una colaboración o auxilio útiles.

En el sistema del Código Penal próximo a expirar se distingue la complicidad en primaria o necesaria y en secundaria o no necesaria, según el grado de colaboración prestada. En el primer caso se tenía cuando la cooperación del cómplice era de suma importancia de manera que sin ella el autor o autores no habrían podido cometer el delito; y en el segundo cuando se cooperaba de cualquier otro modo a su ejecución, es decir, se trataba de un auxilio o ayuda de poca entidad y no indispensable para la comisión del delito. En cambio, el nuevo Código Penal no hace esta clase de distinciones y no mira en absoluto a la importancia de la colaboración o cooperación en el delito. En este aspecto habría que criticar y manifestar

nuestra inconformidad, porque si el nuevo Estatuto gradúa la pena con base en la culpabilidad del agente, es lógico que se presente como mas reprochable y reprobable quien preste un auxilio o contribución sin el cual el delito no habría podido cometerse. Unificar la pena en estas dos clases de complicidad y disminuirla en frente a la autoría material para el caso de la llamada complicidad primaria, es una injusticia que no consulta el principio doctrinario de la culpabilidad que dice consagrar el nuevo Código.

**Complice ayudante.** Esta es la segunda forma de complicidad de que habla el art. 24 y consiste en que el partícipe presta una ayuda al autor realizante o material, con posterioridad al delito y conforme a una promesa anterior a su consumación. La ayuda puede ser de cualquier naturaleza, bien puede consistir en proteger al autor material, ayudar a evadir la acción de la justicia, borrar las huellas del hecho delictuoso o asegurar su producto.

Podemos afirmar que este nuevo Código, respecto del tema de la participación criminal, no ha sido muy afortunado, pues las normas del Código de 1936 son mejores en su redacción, mas técnicas y mucho mas claras que las comentadas. En la Comisión redactora de 1972 su presidente, profesor Gutiérrez Anzola, propuso e insistió en que fuesen mantenidos en "su esencia y también en su redacción actual" los arts. 19, 20, 21 y 22 del Código próximo a expirar. Esa Comisión y las posteriores, naturalmente con muy buena intención, pero con menor técnica legislativa, decidieron diversamente.

## 2º LA ANTIJURICIDAD

Siguiendo en el estudio de la estructura del delito encontramos que su segundo elemento es la "antijuricidad", pues así está indicado en el art. 2 como en el art. 4, especialmente este último que da un concepto sobre este fenómeno cuando dice que para que una conducta sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, un interés jurídicamente tutelado. Esta es una verdad bien sabida que consagra el nuevo Código Penal. Es el principio de la ilicitud o de la antijuricidad, como elemento del delito. En efecto, la esencia del hecho punible es la de destruir, lesionar, disminuir o poner en peligro un interés jurídicamente tutelado el cual pertenece a la comunidad en general o al sujeto paciente del hecho en particular o a ambas partes. No hay delito sin ofensa efectiva o potencial de un interés penalmente protegido, no hay hecho punible sin que se lesione o ponga en peligro un bien tutelado en el ordenamiento jurídico del Estado, porque un hecho que no tenga esta característica jamás será tipificado como delito por el Estado que pretende ser el supremo representante de los intereses de la comunidad. Si la conducta típica, de otra parte, es ordenada o impuesta por el ordenamiento jurídico, no puede ser al mismo tiempo prohibida, esto es, antijurídica, y una conducta autorizada aunque típica no puede ser también ilícita, son principios fundamentales del derecho, no solamente penal.

Pero qué es en definitiva la antijuricidad? Se ha dicho que ella es el elemento jurídico del delito. En efecto, no es suficiente una conducta activa u omisiva que corresponda a un tipo legal penal, en su aspecto puramente descriptivo, para que pueda hablarse de delito. Es indispensable su antijuricidad, su ilicitud, en virtud del principio ya enunciado que se resume en el apotegma **nullum crimen sine injuria**. Es evidente y no se puede ocultar que insignes autores, entre ellos Rocco y Antolisei, no consideran la antijuricidad como elemento estructural del delito, sino más bien como el **in se** del mismo, su verdadera esencia y, más que todo, como una característica y una propiedad intrínseca que se funda sobre un juicio de relación y como tal no susceptible de ser considerada en la misma posición que el comportamiento típico y la culpabilidad. Pero también es necesario reconocer que una gran parte de la doctrina, especialmente alemana e italiana, y ahora el mismo Código en los arts. 2 y 4, consideran la antijuricidad como elemento esencial del delito sin el cual no se puede hablar de él. Esta posición es correcta, porque para poder hablar del delito es indispensable una contradicción valorativa entre la conducta típica y el derecho. Observaba Carrara que la idea del delito es la de una violación de la ley, porque ningún acto del hombre se le puede reprochar si la ley no lo prohíbe. Un acto se convierte en delito solamente cuando choca con la ley y pueda ser dañoso o malvado, pero si la ley no lo prohíbe no se le puede reprochar a quien lo ejecuta. Claro está que esta concepción mecánica y formalista de la antijuricidad como simple contradicción o colisión entre el comportamiento típico y la norma penal, sostenida por Carrara y los clásicos, no es del todo acertada, porque ella es ante todo la valoración que hace el juez que en presencia de una conducta típica descubre su carácter lesivo y su desacuerdo con las exigencias del derecho.

Naturalmente que el juez para formular el juicio de valoración sobre la lesividad de una conducta, necesita saber si quien realizó la conducta típica no obró cubierto por una causal que excluye precisamente la antijuricidad de su conducta, causal que la nueva ley penal, siguiendo una tradición, llama de justificación del hecho, las que están indicadas en el art. 29 y que no es el caso de analizar porque fundamentalmente son las mismas presentes en el Código de 1936.

Extendiéndonos un poco más en el estudio de este principio consagrado en el art. 4 y que se señala como elemento en el art. 2 del nuevo Código, podemos afirmar que en este nuevo Estatuto se consagra un principio obvio, cual es el resultado jurídico del delito, fenómeno legal muy diverso al resultado de la conducta atrás explicado. Es indudable que el delito debe producir un resultado jurídico, como que es una nota característica. Debe producir un perjuicio para alguien, un daño, una lesión efectiva o potencial de uno o varios bienes amparados por el derecho. Antiguamente se decía que el delito produce dos clases de daño: uno inmediato y otro me-

diato, según que se refiera al particular que ha sufrido los efectos de la conducta o a la comunidad en general que sufre por reflejo la acción del delincuente. Ahora, la doctrina moderna, tomando como base la división anotada, habla de un daño inmediato, de un daño social y de un peligro social producido por el hecho punible. En este orden de ideas, el delito produciría:

a) un daño o un peligro directo o inmediato de uno o varios bienes individuales o colectivos;

b) un daño social indirecto porque ataca las condiciones fundamentales de existencia de la sociedad en donde se produce, ya que debilita la autoridad del Estado y compromete el orden establecido por éste; y

c) un peligro social indirecto por el mal ejemplo que engendra y por presentarse como causa probable de nuevos delitos, ya sea en relación con el mismo sujeto o por parte de la víctima o de sus allegados o por parte de otras personas, como consecuencia del mal ejemplo o del contagio criminal que produce el hecho delictuoso.

De otro lado, es entendido que la ofensa o daño que produce el delito, el cual como se ha dicho puede ser efectivo o potencial, consistente en la disminución de uno o más bienes jurídicos individuales o colectivos, debe distinguirse netamente del daño civil que produce el hecho punible, cuya ocurrencia origina la obligación de repararlo, conforme al art. 103 del Código Penal. Este daño consiste generalmente en un perjuicio patrimonial que origina acción reparatoria e indemnizatoria, cuyos titulares son las personas indicadas en el art. 104 de la misma obra y cuyo sujeto pasivo es el reo o culpable.

Decíamos atrás que la antijuricidad, como segundo elemento del delito que forma parte de su estructura normativa, consiste en la valoración realizada por el juez de una conducta que sabe típica y con base en el ordenamiento positivo, en donde se concretan los valores e intereses que la sociedad necesita tutelar. Profundicemos un poco más este concepto. En efecto, un hecho es ilícito o injusto no simplemente porque está contrariando el mandato o prohibición contenidos en una norma penal. La antijuricidad es un concepto valorativo, en el sentido de que el juez descubre mediante el análisis el carácter lesivo del acto. Para comprender lo anterior es indispensable tener en cuenta que los fenómenos de la naturaleza y los fenómenos que forman la vida social están sujetos a leyes objetivas, que son independientes de la voluntad y de la conciencia de los hombres, y por ser objetivos expresan las relaciones entre dichos fenómenos. En cambio, las normas legales expresan la voluntad de la clase dominante y de la sociedad y son a su vez el reflejo de las condiciones sociales existentes, porque ellas son las que hacen posible su nacimiento y validez. La diferencia que existe entre las primeras y las segundas radica en lo siguiente: las leyes objetivas

del desarrollo social existen por si mismas, independientes de la voluntad, el deseo y la conciencia de los hombres; en cambio, las normas legales son impuestas por la clase que detenta el poder político y económico del Estado. Así, cuando se dice que el hombre realiza una conducta contraria al derecho, es porque su comportamiento está atentando contra las relaciones sociales existentes, puesto que las normas son un precipitado social y al contrariarlas se está desconociendo y vulnerando las relaciones en que se encuentran los hombres en dicho momento social, que en definitiva es lo que constituye el núcleo central del injusto. De manera que un hecho es justo cuando se conforma con su deber de realización y es injusto cuando es desarmónico con lo existente y, por consiguiente, antagónico con una norma de derecho. En ello radica el punto de partida para la valoración de la antijuricidad del delito.

Pero adentrándonos un poco más en el problema en cuanto a la comprensión del contenido de la antijuricidad y de las nociones de justo e injusto, lícito e ilícito, debemos hacer otras consideraciones. Todo acto humano, en lo bueno como en lo malo, tiende a satisfacer una necesidad del sujeto, puesto que el hombre no actúa sino acicateado por una necesidad, por un interés real, ya sea económico, político, cultural, moral, egoísta, altruista, etc. No es posible presentar un catálogo de estos intereses, los cuales pueden ser de cualquier naturaleza y, por lo mismo, inclasificables. A través de ese interés que mueve al hombre, éste satisface sus necesidades, altruistas o torpemente egoístas, pero que en general presiden su comportamiento como ser social. Necesidad e interés se entrelazan y confunden, y a su vez se presentan como grados del motivo que impulsa a realizar el acto, pero debe advertirse que al descubrir el motivo y la necesidad que se anida en el acto, todavía no sabemos si se trata de un comportamiento lícito o ilícito. Esta calificación no resulta ni se descubre considerando el acto en sí, tal como se presenta, sino en relación con algo y en relación con la forma como se satisfizo ese interés o necesidad, esto es, analizando y valorando el camino recorrido para llegar a la satisfacción y el método o métodos usados para su cristalización. La necesidad de comer, por ejemplo, se puede satisfacer mediante infinidad de comportamientos. Se puede comprar el objeto para calmar el hambre o se le puede sustraer sin el consentimiento del dueño o poseedor. Se puede matar para satisfacer una venganza o para salvar la propia vida, etc. En todos estos casos, la necesidad y el camino son iguales en cuanto satisfacen la necesidad de comer o de matar, pero mirados en perspectiva y en relación con su contenido descubrimos en seguida la diferencia fundamental entre ellos, porque, ante todo, partiendo de la valoración que de esas conductas hace el ordenamiento jurídico, por ejemplo el ordenamiento penal, vemos que el comprar para comer o el matar para defendernos está autorizado por el derecho, y el hurtar para comer y el matar para satisfacer una venganza precisamente están menospreciando un imperativo al cual se

debía observancia, cual es el de no matar y no hurtar, prohibidos por las normas legales del Estado.

En consecuencia, un acto es lícito o justo cuando mediante él se satisface una necesidad o interés autorizado por el derecho, y es ilícito o injusto, cuando mediante él se satisface una necesidad o interés prohibidos por el ordenamiento positivo. Por esta misma razón, la antijuricidad penal de una conducta típica consiste en que la forma de su desarrollo para la satisfacción de una necesidad, se presenta como lesiva de las relaciones existentes en la sociedad, concretadas en el ordenamiento jurídico del Estado. En otras palabras, la antijuricidad consiste en que el acto se presenta como desconocedor de alguno o algunos de los bienes e intereses tutelados en una norma penal, la cual es reflejo de las condiciones sociales existentes y se orienta a proteger los intereses sociales o individuales.

En estas condiciones se dice que la antijuricidad es la valoración que lleva a efecto el juez en cuanto a la lesividad del comportamiento, que es antagónico a los intereses tutelados en una norma penal. Es un juicio de desaprobación del acto, ya que el juez, en vista de las normas legales, lo encuentra reprobable por su carácter lesivo y por su contrariedad a un precepto penal. De este modo, la antijuricidad es un concepto objetivo, porque su esencia consiste en una relación de contrariedad entre la conducta del agente y el derecho con una norma que prohíbe u ordena, sin que cuente hasta este momento la culpabilidad que es el tercer elemento del delito. En efecto, la antijuricidad se manifiesta en un juicio de desaprobación de la conducta típica realizada, que en principio es independiente del elemento subjetivo del delito. Esa relación en que se funda la antijuricidad, tiene como términos y extremos la conducta y la norma de derecho, pero entendidas no subjetivamente como fuentes de obligaciones, sino como algo que está en contraposición con el interés jurídicamente tutelado. La antijuricidad constituye el juicio de desaprobación de un comportamiento; en cambio la culpabilidad, que analizaremos a continuación, consiste en el juicio de desaprobación del autor.

### 3º LA CULPABILIDAD

Dentro de la estructura del delito hemos señalado la culpabilidad como tercer elemento, con base también en el art. 2 y 5 del nuevo Código Penal. Concretamente esta última disposición estatuye que para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad, y que queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

Esta es una de las normas más importantes del Código y la que en realidad lo introduce en las teorías modernas del derecho penal, las cuales, como todo lo derivado del pensamiento humano, son cambiantes y movedizas, porque marchan en consonancia con

el progreso científico y las conquistas sociales. Este art. 5 es una puerta amplia y abierta por donde ingresa a nuestro país el derecho penal de la voluntad, en el sentido de que no hay delito y por tanto pena, si el hecho no es voluntario, si la conducta típica y antijurídica no es referible a la voluntad del agente, en sus manifestaciones de dolo, culpa o preterintención, conforme al art. 35. Es importante este principio de la culpabilidad porque conlleva el destierro total de la llamada responsabilidad objetiva, rezago de épocas superadas, en las que se penaba no por lo que se quería sino por el resultado material producido, aunque éste no pudiera ser referido a la voluntad del agente. En efecto, hay responsabilidad objetiva cuando la conducta típica y antijurídica se le atribuye al sujeto por el mero nexo de causalidad material, porque ha producido el resultado, sin necesidad de indagar si ha corrido un nexo de naturaleza psicológica entre él y su comportamiento. La responsabilidad objetiva es una excepción al apotegma **nullum crimen sine culpa**. Se trata de un caso anómalo de responsabilidad en el cual se pone a cargo del agente el resultado antijurídico solamente en cuanto es consecuencia de su acción o de su omisión, vale decir, solamente respecto a la simple causalidad material, sin que se establezca un ligamen psicológico entre el resultado y el agente.

Indudablemente, dice Bettiol, la responsabilidad objetiva es una forma anómala de responsabilidad penal en la cual el juicio de culpabilidad se fundamenta en la **suita** del resultado, esto es, en el nexo psicológico que ata un resultado dado a un individuo. Pero no siempre ha ocurrido así. En épocas históricas precedentes, sobre todo como consecuencia del influjo de las concepciones jurídicas germanas, el hecho se le imputaba al agente independientemente de la prueba respecto de la existencia del nexo psicológico. Por ejemplo, a quien caía de un árbol y mataba a una persona que se encontraba debajo, se le castigaba por homicidio. En estos casos era el suceso externo lo que importaba, independientemente de cualquier investigación en torno a la voluntariedad del resultado lesivo.

En el Código Penal próximo a expirar existen muchos casos de responsabilidad objetiva, en que se castiga por el simple daño producido, por el solo nexo de causalidad material, sin indagar sobre el elemento culpabilidad. En primer lugar, se incluyen las contravenciones en las cuales la simple omisión o acción hace responsable al agente. En segundo término, están como especies de responsabilidad objetiva los delitos agravados por el resultado, en los cuales no importa establecer si el resultado es querido o ha sido realizado como consecuencia de un obrar negligente, imprudente o imperito del agente. De este Código se pueden citar como ejemplos de responsabilidad objetiva los delitos contemplados en los arts. 206, 258, 263, 318, 396 y otros.

Ahora, de acuerdo con el art. 5 de este nuevo Estatuto, no podrá configurarse un delito, si tal hecho no ha sido realizado culpa-

blemente. Pero en definitiva qué es la culpabilidad? Es un juicio de desvalor o censura, por haberse cometido el hecho típico y antijurídico y se realiza judicialmente. El juicio evaluativo de reproche o censura, partiendo de las cualidades psicológicas que lo produjeron, se puede efectuar porque el reo voluntariamente ha realizado algo que no debía hacer o ha querido y ejecutado algo que estaba vedado en una norma penal. En otras palabras, la culpabilidad, como elemento del delito, es el juicio de reproche o de desaprobación que emite el juez con fundamento en el nexo de naturaleza psicológica entre el acto y el sujeto, porque éste al querer el acto y realizarlo, no obstante estar prohibido por la ley, ha demostrado una clara rebeldía y desobediencia hacia imperativos legales a los cuales debía observancia. Este juicio de reproche puede concretarse:

— en una rebeldía dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando lo acepta previéndolo al menos como posible, según el art. 36;

— en una rebeldía culposa, cuando el agente realiza el hecho punible por falta de previsión del resultado previsible o cuando habiéndolo previsto, confió imprudentemente en poder evitarlo, de acuerdo con el art. 37; y

— en una rebeldía preterintencional, cuando el agente realiza una conducta cuyo resultado, siendo previsible, excede a la intención, según el art. 39.

Naturalmente, para formular el juicio de reproche es indispensable que el sujeto en el momento de la acción tenga capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de determinarse de acuerdo a esa comprensión, deba ser imputable, debe tener capacidad penal en la forma ya explicada. Pero la imputabilidad no se debe confundir con la culpabilidad. Es necesario aclarar que la imputabilidad no es elemento constitutivo del delito, sino su presupuesto, pues pertenece al sujeto y no a la acción. Como se ha afirmado para que exista el delito es menester que preexista esa capacidad del sujeto como condición para actuar culpablemente, con dolo, culpa o preterintención, ya que se presenta como un precedente indispensable para formular el juicio de reproche que está a su base. La imputabilidad, como presupuesto del delito es una condición, un modo, una manera de ser del agente, maduro y sano de mente, y no una condición del comportamiento típico que él debe realizar antijurídica y culpablemente, requisito este último que no puede darse cuando el agente carece de antemano de capacidad de comprensión y de determinación, cuando es incapaz de antemano de representarse el hecho, de comprender su valor, de dirigir su actividad conforme o en desacuerdo a una norma penal.

De modo que la imputabilidad es presupuesto del delito y a su vez de la culpabilidad. No hay delito sin imputabilidad y la culpabilidad no es posible sin ésta. Para que exista culpabilidad, en un primer momento, es preciso que el sujeto sea sano de mente y ma-

duro psicológicamente, pues el ordenamiento jurídico, en su art. 31, a **contrario sensu**, no responsabiliza penalmente sino a quienes exhiben una especial y completa madurez y son mentalmente sanos, esto es, imputables. De manera que la imputabilidad funge como presupuesto de la culpabilidad, ya que si ésta, como se dijo antes, se basa en un juicio de desaprobación o de reproche, tal juicio no puede formularse sino sobre persona capaz penalmente que ha realizado el hecho típico y antijurídico.

Ahora bien: la diferencia que corre entre la imputabilidad y la culpabilidad, como lo anotaba agudamente un penalista italiano, es la misma que existe en materia civil entre la capacidad de contratar y el consentimiento, pues una cosa es la posibilidad de querer y otra la voluntad; una es la idoneidad de expresar la voluntad y otra es su manifestación concreta. Es posible que exista la imputabilidad y no la culpabilidad. Mientras la culpabilidad es un elemento del delito, en cambio la imputabilidad no lo es porque ésta debe entenderse como un estado, un modo de ser, una condición del sujeto, distinta del delito y antes de él, como antes se anotó.

En el estudio de la culpabilidad, como elemento del delito, conviene relacionar los artículos que la sustentan con el 61 del nuevo Código penal, en donde se establecen los criterios para aplicar la pena o mejor para fijarla, los cuales, sin lugar a dudas, se refieren a la capacidad criminal del agente, pues dicha disposición habla que tales criterios serán la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación y agravación y la personalidad del agente.

Esta norma del art. 61 no debe tenerse como aislada del ordenamiento jurídico, ni simplemente como precepto que señala los criterios para fijar la pena, sino que es necesario estudiarla en función y recíproca interacción con el elemento del delito que venimos explicando. Se ha dicho que la culpabilidad consiste en la atribuidad subjetiva del acto al reo y que el juicio evaluativo de reproche que se emite tiene como objeto y fundamento la conducta antijurídica que pertenece al agente, o sea, que este juicio y esta pertenencia subjetiva deben enmarcarse dentro de la entera personalidad criminológica del agente y en su capacidad criminal.

La doctrina moderna se ha esforzado notablemente por encuadrar este elemento denominado culpabilidad en la esfera de la personalidad del agente, porque, según Bettiol, si la culpabilidad consiste en el nexo psicológico entre el sujeto y la conducta, dicho nexo no debe considerarse como incoloro, sino como reflejo de toda una serie de tendencias, aptitudes, características personales, y, en una palabra, la entera personalidad del agente. Cuando más sea la conducta expresión de la personalidad del autor, mayor será su culpabilidad; y mientras más la conducta se demuestra extraña a las características personales del agente, menor será el grado de culpabilidad. Por esta razón, algunos autores, entre ellos Ranieri, conside-

ran que el elemento subjetivo del delito, con referencia a su origen, es una manifestación del carácter del reo en relación con determinada infracción, en la cual se reflejan las condiciones síquicas de su autor. De allí la necesidad de investigar la personalidad del agente y su capacidad criminal, con el fin de comprender en su significado profundo el problema de la culpabilidad como elemento del delito, pues la acción, en su aspecto subjetivo, no se puede aislar del estudio de la personalidad del agente que ha sido su causa síquica.

Este estudio de la capacidad criminal y de la personalidad criminológica del autor debe tener una base de derecho positivo y nosotros creemos encontrarla en el nuevo ordenamiento, en el nuevo Código Penal, precisamente en el art. 61 citado. Dicha norma dispone que entre los límites señalados por la ley, el juez aplicará la pena al delincuente, teniendo presente como base los siguientes criterios:

- a) la gravedad y modalidades del hecho punible;
- b) el grado de culpabilidad;
- c) las circunstancias de agravación o atenuación; y
- d) la personalidad del agente.

De lo anterior se colige que, para comprender la intensidad de este nexo de naturaleza psicológica que debe existir entre la conducta y la siquis del agente, es indispensable estudiar la entera personalidad del reo, a fin de establecer la gravedad y modalidades de la conducta cumplida. Todas estas cuestiones importantes y de interés para el juicio de reprochabilidad que debe emitir el juez con base en un comportamiento típico y antijurídico, han de estudiarse bajo el epígrafe de la capacidad criminal del agente, la cual nos sirve también, una vez estudiada en todos sus aspectos, para comprender la naturaleza, color y gravedad de la culpabilidad como elemento del delito.

Es menester aclarar que lo dicho anteriormente no tiene nada que ver con la concepción alemana denominada **culpa de autor**, que han expuesto algunos penalistas de tendencia nacionalista. En efecto, en la doctrina alemana se habla de culpa de autor (*Taterschuld*), en el sentido de que el juicio de desvalor y de reprochabilidad en el cual se fundamenta la culpabilidad, no tiene por objeto el hecho en particular cometido por el agente, sino las características síquicas y el estado subjetivo de éste. Al reo se le reprocha el acto no por lo que hace, sino por lo que es, o sea, por su inclinación al delito y su maldad, por cuanto había tenido la posibilidad de formarse una actitud síquica diversa. En cada delito se manifiesta, dicen sus teorizantes, la personalidad criminal de un tipo de autor dado, razón por la cual, al examinar determinado delito, el intérprete debe reconstruir una figura de autor según la forma como el legislador ha concebido en el momento de dictar la norma.

Esta doctrina ha sido vivamente combatida en Italia por Antolisei y Petrocelli, principalmente, los cuales sostienen que una vez que se reconozca al Estado el poder de castigar al hombre por sólo ser moralmente perverso, no hay motivo alguno para excluir que pueda castigarle porque, por ejemplo, profese determinadas ideas políticas o religiosas. Si hemos hecho una divagación en torno a esta doctrina, es porque hay cierto Estatuto de Seguridad donde parece concretarse un tipo de autor, cual es el que no está de acuerdo con el sistema o profesa ideas contrarias a lo estatuido.

Ya hemos dicho y definido las formas de culpabilidad, esto es el dolo, la culpa y la preterintención. La innovación que trae el Código en este aspecto, es que a diferencia del de 1936 trae una definición del dolo y de la preterintención, en los arts. 36 y 38, respectivamente, temas estos que darían material suficiente para otra oportunidad, lo mismo que las causales de inculpabilidad previstas en el art. 40.

La tarea era simplemente la de dar una visión muy general y global de los elementos del delito que forman en su conjunto su estructura normativa, a la luz de las disposiciones del nuevo Código Penal. Como toda obra humana este Código puede tener defectos, errores y vacíos, pero si se quiere emitir un juicio justo se debe afirmar que constituye un progreso y un avance de nuestro ordenamiento jurídico, porque en él se han introducido conceptos modernos y sobre todo se ha elaborado con una mejor técnica y un mejor método. Solamente la práctica judicial y la aplicación dinámica de esta obra nos dirá si el esfuerzo de los juristas que lo prepararon corresponde a los anhelos de esta sociedad tan afligida por la delincuencia cada día creciente e invasora de la tranquilidad pública.

Para terminar quisiera proponer en base a todo lo dicho y teniendo en cuenta las normas del nuevo Código Penal una definición del delito o mejor una noción integral y normativa en donde se comprendan todas sus características, todos sus elementos y todos sus requisitos, la cual puede ser materia de discusión.

Como se observaba antes, el nuevo Código Penal parte de una noción tricotómica del delito, puesto que lo considera como el hecho típico, antijurídico y culpable. Se trata de un concepto meramente esquemático y general, en donde se consagran los tres elementos que gobiernan toda la teoría del delito y que son el fundamento y los puntos básicos para su análisis normativo. Teniendo presente esta guía o derrotero legislativo y observando en conjunto las disposiciones que en concreto se refieren y rigen al delito en el nuevo Código penal, podríamos ofrecer una noción integral y completa del mismo, en la siguiente forma:

"Es un hecho negativo o positivo (acción u omisión) del hombre que reproduce la hipótesis abstracta delineada en la ley penal (TIPICIDAD), contrario a una norma porque se presenta como una lesión o peligro de lesión, sin justa causa, de un interés jurídicamen-

te tutelado (ANTI JURIDICO) y porque ha sido realizado por su autor teniendo la capacidad de comprender su ilicitud y determinarse de acuerdo a esa comprensión (IMPUTABILIDAD), bien porque conoce el hecho y quiere su realización o porque lo acepta previéndolo como posible (dolo) o bien porque lo realiza por falta de previsión del resultado previsible o cuando habiéndolo previsto confió en poder evitarlo (culpa) o, finalmente, porque cuando el resultado que produce el agente siendo previsible, excede a su intención (preterintención) (CULPABILIDAD), lo cual le ocasiona una pena criminal (PUNIBILIDAD)".

La definición legal que ofrecemos del delito a la consideración de los penalistas y estudiosos del nuevo Código Penal, parte de la previsión normativa del art. 2 y se complementa y se amplía hasta alcanzar su noción integral, completa y total del delito, conforme a la nueva legislación. Esta definición integral ha sido elaborada en base a las disposiciones que en forma normativa y jurídica describen los elementos que forman la estructura y la economía conceptual del delito. Con esto intentamos elaborar teoría colombiana partiendo del Código. No estamos descubriendo nada, sino reconstruyendo el sistema jurídico penal nuestro en un orden de conocimientos que reflejan la nueva realidad del derecho penal colombiano.

Bogotá, Octubre de 1980