

# Documentos

## EL DERECHO PENAL CONFORME A LAS CONCEPCIONES MODERNAS\* (LA DOGMÁTICA JURÍDICA, LO ANTIJURÍDICO, NORMATIVIDAD JURÍDICA, TIPICIDAD, LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD, LA ACCIÓN FINALISTA)

Doctor BERNARDO GAITÁN MAHECHA

Se habla con frecuencia del presunto caos en materia de estudios penales, por la diversidad de opiniones que parecen haber surgido en los últimos tiempos respecto de la interpretación jurídica y de la sistematización doctrinaria. Todavía contagiados de la oposición entre clasicismo y positivismo, la mayor parte de los estudiosos contraponen los factores derivados de esas escuelas, para la solución de importantes cuestiones, resultando por tanto el engolfamiento permanente, del cual no es posible salir sin atender a las nuevas conquistas doctrinarias o a aquellas que, aun dentro de la encarnizada lucha de escuelas, colocaron importantes basamentos en orden a la solución de problemas medulares.

En verdad, el positivismo como escuela rectora del sistema penal ha dejado de existir; el clasicismo, como escuela única de las doctrinas penales, ha dejado

\* *Nota:* Este artículo apareció en la *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Penitenciarias*, número 1, Bogotá, 1953. En esta sección hemos publicado los trabajos de HELMUTH VON WEBER, "Para la estructuración del sistema del derecho penal", en la entrega número 13; "Nuevo examen de los elementos del delito", de BIAGIO PETROCELLI, en la número 15; y de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, "Acerca del concepto finalista de la conducta en la teoría del delito", en la número 16. En esta oportunidad se publica el trabajo del doctor BERNARDO GAITÁN MAHECHA. La importancia de este artículo radica en el hecho de ser el primer escrito (al menos que yo conozca) que en Colombia ha llegado a tratar el aspecto dogmático del delito. Y resalta su valor si se piensa que en nuestro país hace 30 años todavía se cabalgaba por doquier, sobre el "comodin jurídico" del positivismo ferriano. Dado, pues, que este estudio puede considerarse quizá como el primer asomo de la dogmática en Colombia, se publica en esta Revista y en esta sección, la cual tiene como finalidad el poner en conocimiento de nuestros lectores trabajos que no están a la mano de quienes, de no ser así, difícilmente podrían leerlos. Posteriormente, en 1963, el autor publicó su *Curso de derecho penal general* (Ed. Lerner, Bogotá), en el que se esbozó una concepción dogmática del delito, la cual, gracias sobre todo a los esfuerzos del profesor ALFONSO REYES ECHANDÍA, ha llegado a ser corriente en el ambiente jurídicopenal colombiano.

*El Director*

de existir. Se dirá entonces que la solución del presente y del futuro del derecho penal ha de ser un eclecticismo del que ya se habló y que tan pocos resultados dejó para el progreso de la ciencia penal; se dirá entonces que es necesario impulsar y crear una escuela con caracteres distintos y distintivos, que sin ser conciliatoria, ponga en juego las grandes conquistas hasta ahora realizadas y dé impulso a los nuevos valores doctrinarios y prácticos. Pero en verdad, no se trata de eso: en primer lugar, parece imposible pretender hoy la formación de un movimiento con caracteres distintivos y distintos, si se tiene en cuenta la multitud de doctrinantes, y la infinidad de corrientes unipersonales que en Europa y en América están en boga.

La solución no está en la pretendida idea de buscar un jefe, que dentro del derecho penal realice la misión proselitista, puesto que la etapa histórica de CARRARA y FERRI dejó los puntales únicos de la ciencia penal. El período nuestro es el de la síntesis: mas la dificultad está en saber cuál de esos extremos ha de tomar la primacía, para recibir del otro sus influjos y modular el derecho penal, en función del hombre, entendiendo a este en su conjunto espiritual y material.

No sin antes determinar la corriente filosófica rectora de toda cuestión jurídica se puede realizar el derecho; fue necesaria la influencia filosófica, para la realización clásica y para la realización positiva; ¿cuál ha de ser la filosofía que ahora imponga su credo? Con poco esfuerzo se deriva el problema hacia la cuestión, como todas, del imperio de una filosofía cristiana o de una filosofía materialista; porque así como se conciba el Estado, como se conciba la persona humana y los derechos de aquel y de esta, así será la concepción del derecho y fundamentalmente del derecho penal en el que se resumen todos los derechos, porque en él se tutelan.

La racha de totalitarismo que ha soportado el mundo y el avance vertiginoso de ideas que tienden a coartar y limitar la libertad humana y los derechos de la persona, son bases fundamentales para mirar con cautela y no incurrir en el error tremendo de asimilar una determinada corriente doctrinaria del derecho, porque en apariencia realiza un objeto bueno y se funda en interpretaciones corrientes, y presenta una modalidad de oposición a otro sistema del que no se es simpatizante. Ahí está la portada del caos; porque una vez admitida la inclinación doctrinaria, puesta en función política, es difícil rechazarla, y no permite variaciones o progresos. Ahora bien, no hay duda de que la solución es la de la filosofía cristiana, y conforme a ella ha de realizarse el derecho penal del futuro; y que no se alarmen quienes abominan del sentido y del contenido de la escuela penal clásica, que ello implique un retorno absoluto o una implantación absoluta de ella; no, pero que sí estén dispuestos a sacrificar un poco de su materialismo en aras de la libertad, del derecho conforme a la naturaleza del hombre y de este en función del Estado donde los derechos humanos sean el fundamento de su existencia.

El derecho en sí mismo considerado no puede ser problema material, porque de hecho no lo es; el derecho es algo subjetivo que se realiza en la persona,

y esta por naturaleza goza del derecho, es sujeto del derecho; de ahí que todo aquello que no lo reconozca, o lo recorte o lo vulnere, es atentatorio de la dignidad humana. No implica el reconocimiento o la exigencia de un individualismo; no, porque el Estado como persona de derecho es también titular del suyo, que opone a los individuos y que estos deben respetar; esta contraposición de derechos, dentro de sus límites, hace posible el bien jurídico y la realización cristiana del derecho.

El derecho penal es precisamente la contraposición del derecho de la persona, a la persona misma; del derecho de esta al del Estado y del de este a aquella. Ahora bien: siendo el derecho de orden subjetivo, mal puede pensarse en una concepción materialista del derecho, concebido *a priori* para su utilización; o interpretarlo de cierta manera, para producir ciertos efectos necesarios a un determinado orden; así como la verdad es de orden absoluto, así el derecho es absoluto, no sujeto a variaciones, imposible de aplicabilidad en forma contraria a su naturaleza.

Factor primordial es el conocimiento de lo natural y de lo positivo; como en el segundo plano se realiza el derecho penal, en orden a la normatividad jurídica, es obvio que este ha de tener sus fundamentos en el primero; pero una vez en actividad no es posible salirse de su integridad so pretexto de que no lo ha asimilado completamente. Toca a la doctrina señalar los vacíos y propugnar por la reforma, para el acoplamiento total. De ahí que la doctrina sea el campo más difícil de manejar, porque en él se siembra y de él se recoge. Ninguna corriente doctrinaria satisface sus anhelos, sino en cuanto ve realizada en el derecho positivo, en normas concretas, su naturaleza; es por esto por lo que en los momentos actuales, con absoluta cautela, deben examinarse los problemas penales, atendiendo a que estos, más que de orden práctico, son de doctrina, de pensamiento filosófico, de concepción jurídica.

La situación actual del derecho penal presenta grandes dificultades para su estudio: es indispensable asimilar un conjunto de doctrinas de tan variado orden, escrutar el pretérito doctrinario hasta sus más remotas raíces, que asombra al pensamiento la idea de tan inmenso panorama; mas en el fondo, a medida que se penetra en el derecho, una especie de impulso hace que el sentido lógico vaya descubriendo aspectos y soluciones cuyo contenido y materia viene de hecho a ser patrimonio de la inteligencia del investigador, ahorrando esfuerzos y recortando así el camino. Las actuales tendencias del derecho penal tienden precisamente a ello: a simplificar en fórmulas concretas el contenido del derecho y a hacer que este se realice en axiomas jurídicos.

Correspondió el primer impulso a la llamada escuela técnicojurídica. Sus postulados se concretan en las palabras de ROCCO, para quien "Toda ciencia tiene su técnica particular, y por técnica se entiende el conjunto de aquellos medios, de aquellos procedimientos lógicos, metódicos, sistemáticos, que le son específicos y de los que ella se sirve para el logro de sus fines". Reaccionaria es la escuela técnicojurídica al abominar de las cuestiones filosóficas y metafísicas, de las cuestiones biológicas y psicológicas, como bases de estudio del

derecho penal, todo porque tales conceptos de nada sirven en cuanto se les separe de la investigación jurídica. En MANZINI encuentra esta tendencia su origen, y ROCCO la lleva a grados de exaltación, para pedir el sostenimiento del método con firmeza y escrupulosidad en servicio del derecho.

El método como sistema precede al estudio del delito y de la pena, con base en el contenido estrictamente jurídico, por la exégesis o la dogmática, pero en todo caso con aplicaciones a la ley positiva y con fundamento en esta. Con respecto al delito es la escuela técnicojurídica la que introduce en el derecho italiano los conceptos de la valoración, ampliando el contenido de la antijuridicidad y de la tipicidad, con el concepto de la culpabilidad. La fórmula de *tatbestand*, que más tarde ha de alcanzar realizaciones concretas en los dogmáticos, viene a ser como la armazón constante de la teoría del delito. Pero se ha dicho con razón que la exagerada utilización de palabras alemanas, en ocasiones mal traducidas, en vez de aclarar el panorama del derecho penal, vino a oscurecerlo, y que este ha sido uno de los factores que han impedido su progreso en los últimos años.

Desde luego la supervivencia de la técnica jurídica fue bastante efímera, sus seguidores fueron abandonando sus postulados y su método y la mayoría de ellos desembocó en la dogmática, que es hoy la tendencia en boga. Cuando se creía que esta no tendría jamás aplicaciones concretas, ni realizaciones puras, GRISPIGNI asombra al derecho penal con su obra de contenido estrictamente dogmático, en donde, en forma concreta, realiza investigaciones mediante un método lógico y sistemático. Se presenta entonces la dogmática como ciencia "normativa —al decir de PUNZO— que aplica al derecho el método deductivo y que funda esencialmente su sistema sobre la lógica. Ciencia que es, como se entiende de su nombre, de la máxima importancia y utilidad, en cuanto tiende al perfecto conocimiento y sistematización del derecho constituido".

Parece, y así lo da a entender el método dogmático, que tiene una profunda vinculación con el tecnicismo jurídico pero algunos rechazan esta idea. Entre ellos JIMÉNEZ DE ASÚA, quien afirma: "Nos urge, ante todo, separarlo de la dogmática (se refiere al tecnicismo jurídico), con la que se le ha confundido a menudo. Esta como ciencia del derecho no tiene nada que ver con escuelas y métodos parciales. Nosotros mismos no nos libramos de cierta confusión, pues aunque ya se señaló la diferencia entre la técnica jurídica italiana, que abominó de la filosofía, y la alemana, que basó en ella sus concepciones jurídico-penales, no es menos cierto que expusimos bajo aquella rúbrica las doctrinas de autores que se dedican al cultivo de la dogmática, pero que no son partidarios de esta o de aquella escuela".

Las razones del profesor JIMÉNEZ DE ASÚA no convencen; en verdad la dogmática no es una escuela propiamente dicha; la dogmática es una ciencia, y como tal tiene un método de estudio del derecho penal; mas sus relaciones con el tecnicismo jurídico son inobjectables. Ocurre que la escuela técnicojurídica no tuvo de tal sino el nombre, *porque en el fondo fue esencialmente*

*dogmática, puesto que su método no era otro que el dogmático.* Tal vez la diferencia está en el contenido; el tecnicismo jurídico comprendió la dogmática en su panorama. Pero la dogmática es el método del tecnicismo, y a esta tendría que reducirse, una vez que sus genitores y doctrinantes entendieran, como lo entendieron, que no es posible hablar de derecho penal sin buscar hitos en las concepciones filosóficas. Tanto es ello así, que la reacción contra el *tatbestand* no ha sido otra que el deseo de echar por tierra un sistema que se opone en toda forma al totalitarismo, al regular por normatividad y valoración el sistema penal, y conforme al cual no es posible la acomodación. La tipicidad como centro de la dogmática identifica a esta como la medula del tecnicismo, del cual solo queda su método y su sistema: el dogmático.

FLORIAN afirma: "*Il tecnicismo giuridico, el cui emblema fu la dogmatica, ebbe una diffusa azione diretta nella formazione del cod. pen. vigente, etc.*" Pero el propio profesor JIMÉNEZ DE ASÚA dice con respecto a la dogmática: "Resumamos, pues, reconociendo que la auténtica ciencia del derecho penal es la dogmática; es decir, la ciencia normativa, valorativa y finalista, que se ocupa de la ley penal, del delito, del delincuente y de la sanción. Pero el hecho de que proclamemos la debida autonomía del derecho penal no significa que neguemos la existencia de otras ciencias penales". Este pasaje de su obra indica claramente la existencia de cuestiones fundamentales, que lo fueron también de la técnica jurídica; la valoración y la normatividad. En todo caso la ciencia actual del derecho penal es la dogmática; ya es imposible hablar de positivismo, que quedó relegado a las ciencias auxiliares del derecho penal; ya es imposible hablar de clasicismo, que contiene solo la filosofía del derecho penal; ahora es indispensable estudiar el derecho en su contenido. Tal es la síntesis de hoy.

Veamos entonces cuál es el verdadero contenido de la dogmática, cómo se acomoda a la filosofía y cómo utiliza ella los descubrimientos e investigaciones del positivismo. Y como en la actualidad están en boga conceptos, de los cuales se hace uso ligero, veremos en qué consiste la antijuridicidad, la normatividad, la tipicidad y la causalidad, que constituyen el centro doctrinario de la dogmática.

*La dogmática.* Dice GRISPIGNI que la dogmática es "la disciplina que estudia el contenido de aquellas disposiciones que forman, en el seno del ordenamiento jurídico-positivo, el derecho penal"; si bien es verdad que la enunciación del sistema dogmático renuncia al carácter filosófico, para asimilar al empírico, no tardó mucho en que después de formulada la teoría en forma completa por GRISPIGNI, puntos capitales del derecho penal no pudieran ser resueltos únicamente por el método empírico, siendo indispensable recurrir al respaldo filosófico. Pero ello no es más que un punto de avance en el sistema, que pretende estructurar el derecho, reconstruyéndolo, con materia prima que son las propias normas. Los criterios de la antijuridicidad vienen a ser los cimientos a los cuales se llega por deducción.

“La dogmática jurídicopenal, dice JIMÉNEZ DE ASÚA, consiste en la reconstrucción del derecho vigente en base científica. Algunos códigos penales, como el argentino, el peruano y el venezolano, tras de ocuparse de la ley penal y de su validez, legislan sobre las penas y luego tratan del delito. El dogmático desarticula el Código, y como el *prius* lógico es la infracción, construye primero esta con ordenado estudio de sus caracteres, positiva y negativamente concebidos; pero lo hace conforme al derecho vigente en el país en que escribe. Lo contrario de lo que hizo CARRARA, que, como hemos visto, edifica su famoso *Programa* fuera de toda ley, y si acudió a citas de los Códigos sardo, napolitano o de las dos Sicilias, lo hace solo por vía ejemplificadora”.

La ciencia del derecho ha adquirido nuevos temas de investigación mediante el sistema dogmático, y ha logrado deslindar los campos del derecho y de las ciencias auxiliares de este, otrora patrimonio del positivismo, para demostrar cómo el delito no puede ser otra cosa que el acto, injusto y culpable, descrito por las leyes y sancionado por estas. Es en síntesis la valoración jurídica de los actos, que frente a la imputación hace uso de los sistemas auxiliares de las ciencias investigativas para determinar sus caracteres sociales, y los personales del agente.

Este concepto del acto se desarrolla dentro de la dogmática a través del estudio de lo antijurídico.

*Lo antijurídico.* Lo contrario al derecho es comúnmente denominado antijurídico; el problema está en conocer exactamente el *quantum* de la antijuridicidad. Ante todo, el problema se estudia y concreta con prescindencia de las normas positivas; lo antijurídico absoluto viene a ser todo aquello que esencialmente es injusto y contrario al derecho, considerado este en tal grado. El resumen de la antijuridicidad con anterioridad a las normas crea en estas la capacidad realmente antijurídica. Entonces el acto injusto o antijurídico lo es por sí mismo y necesariamente debe existir una norma que, en integración objetiva y discriminativa de los elementos del delito, acoja por acomodación el conjunto y haga posible las consecuencias.

Sobre el problema de la antijuridicidad se ha trabajado profundamente, y es el principal tema dogmático del derecho, porque en él se encuentra la masa informe que ha de reducirse en fórmulas concretas a la normatividad.

*Normatividad jurídica.* No basta que el hecho en sí mismo sea antijurídico (o inmoral), para que sea causa de una pena, sino que es necesario que una norma lo contenga en su integridad absoluta, como resultante del acto. Lo jurídico, en abstracto, no es suficiente para derivar la existencia de lo antijurídico y por ende atribuir consecuencias penales. Lo antijurídico debe señalarse en las normas; el conjunto de las normas hace existente la normatividad jurídica, sin la cual lo antijurídico no es posible desde el punto de vista objetivo del derecho. Dos objetos de estudio se presentan entonces a la dogmática: el conjunto de las normas, y la norma individualmente considerada. Con relación a esta, modula la noción de la “tipicidad” (*tatbestand*). Las normas son tipos cuyos elementos hacen posible la valoración del hecho y del acto, que

adecuados y acomodados en forma absoluta determinan la existencia de lo antijurídico-objetivo.

*Tipicidad.* Esta materia toca con las concepciones mismas del Estado (democrático-totalitario); aunque la dogmática rehúsa todo contacto con la filosofía, al adentrarse en temas de esta índole encuentra problemas referentes a la capacidad represiva del Estado, contraponiendo el sistema conforme al cual este reprime con base en el poder omnimodo de calificar el acto, castigándolo si realmente es antijurídico, o con la mera apariencia o sin ella. Es natural que, en tal condición, la persona no disfruta de libertad de acción dentro de los límites de lo antijurídico, pues basta que una actividad sea en principio antijurídica para que sea sujeto de la norma penal.

La concepción contraria es la de que para que haya delito es indispensable que la norma exista con anterioridad al hecho, y que los elementos del acto (objetivos y subjetivos) estén señalados en la norma como constitutivos de la infracción; faltando uno de tales elementos en un caso concreto, el delito no ha tenido existencia jurídica, ni lo actuado es antijurídico. La noción del *corpus delicti* viene a ser en verdad el fundamento de la teoría de la tipicidad, pero esta toma mayores profundidades, puesto que mientras la teoría del *corpus delicti* se estudia en función de las formas preexistentes, la tipicidad abarca no solo este aspecto sino el estado anterior a las normas, con el objeto de que estas sean típicas, puedan ser típicas al momento de dictarlas. Por eso fue indispensable realizar la teoría de lo antijurídico.

La tipicidad (*tatbestand*) como doctrina tiene, pues, la virtud de hacer que, en la estructuración de las normas y en la aplicación, el Estado no pueda salirse de los márgenes jurídicos; ya porque para legislar debe consultar la juridicidad y determinar como delictuoso solamente aquello que sea antijurídico, y castigar como delito solamente aquello que sea típicamente delictuoso, conforme a la integración de la norma. En términos corrientes es la oposición contra la arbitrariedad.

Sobre estas bases de normatividad, la cuestión penal se desplaza hacia la llamada “problemática de la acción”; se trata de establecer doctrinariamente el concepto jurídico del hecho (delito) en función del acto.

La responsabilidad moral de la escuela clásica y la responsabilidad legal de la escuela positiva tienen para la ciencia dogmática el sentido de la atribución de las consecuencias penales, provenientes del acto típicamente antijurídico. Quiere ello decir que el delito acarrea las consecuencias señaladas en la norma, y en esta forma hay penas y medidas de seguridad porque “Nosotros no desconocemos que las anomalías síquicas pueden conducir y conduzcan a la delincuencia, pero eso no quiere decir que los delitos sean cometidos siempre por anormales; los resultados son distintos: lo primero plantea un problema médico particular; lo segundo obliga a investigar las condiciones mentales del autor de un hecho criminoso”. (FONTÁN BALESTRA).

En síntesis, se trata de distinguir entre los imputables y los inimputables. Una mejor comprensión del problema nos lleva a expresar que en cuanto se

trate de delitos cometidos por personas anormales, su responsabilidad será simplemente la legal, con medidas de seguridad; pero los normales han de responder en el grado de su acto, derivándose para ellos las consecuencias expresadas en el catálogo de las penas.

Es obvio que los inimputables (anormales) se escapan a la problemática de la acción, y en esta materia no toca al derecho resolver sino a la medicina, y a las ciencias especializadas en las anormalidades humanas.

*La relación de causalidad.* Desembocamos aquí a la medula del problema penal; en efecto, es fácil llegar a la concepción de lo antijurídico y de lo típico; asimismo por lógica comprendemos la imputabilidad. Pero el profundo significado de la relación causal requiere minuciosa observación.

En qué consiste el problema: todo hecho implica una mutación, con características absolutas de efecto. Ahora bien, cuando ella es producto o efecto de un acto humano, este viene a ser y es su causa; la relación entre esta causa y ese efecto la denominamos relación de causalidad.

Desde luego, con resolver el problema no se busca solucionar cuestiones de responsabilidad, puesto que suponiendo la existencia de la causa, o mejor en presencia de ella, como verdad objetiva, el resto pertenece a la mecánica de la aplicación de las consecuencias penales; el *quid* es la manera como esta relación de efecto a causa ha de llevarse a término.

1º) *Equivalencia de condiciones (conditio sine qua non).* Según esta teoría debe considerarse como causa cualquier condición del resultado. Es necesario advertir aquí que el problema de la causalidad para su examen se aparta del derecho, para pasar al campo de la simple lógica. Toda circunstancia sin la cual el resultado no se habría producido, es causa.

2º) *La condición más próxima (OERTMANN).* Se considera como causa de condición que se presentó de última, antes del resultado.

3º) *Causa efficiens.* De las diversas condiciones se toma como causa aquella que más ha influido en el resultado. Aquí ya es un problema de valoración, de las distintas condiciones se hace indispensable hacer la relación de causalidad con cada una de las condiciones, y escoger como causa la de más relevancia, para la producción del efecto.

4º) *La adecuación.* La condición debe ser adecuada para la producción del efecto; es simplemente el factor de identidad el que determina la causalidad; el resultado debe ser normal a la condición.

5º) *La causalidad humana.* "Para la existencia de la relación causal en el sentido del derecho concurren dos elementos: uno positivo y otro negativo. El positivo es que el hombre, con su acción, haya puesto en existencia una condición del resultado; es decir, un antecedente sin el cual el resultado mismo no se habría verificado. El negativo es que el resultado no sea debido al concurso de factores excepcionales". (ANTOLISEI).

6º) *Relevancia de la acción.* La causalidad no debe considerarse en abstracto sino en concreto, con referencia a cada tipo delictuoso, y entonces la causa resulta diferente, siendo una, conforme a cada tipo.

Sería inagotable el examen de cada una y de todas las soluciones que se han propuesto para el problema de la causalidad en la teoría del delito. Con razón HUERTA FERRER afirma: "La revisión del problema de la causalidad, como doctrina general dentro de la teoría del delito, ofrece hoy atractivos nuevos y posibilidades de realización insospechadas. Se trata, en efecto, de una cuestión fuertemente enraizada en las bases mismas de la sistemática que fue consolidándose en los últimos años y cuyo predominio se mantuvo indiscutible hasta fecha reciente. La coyuntura de honda transformación por que atraviesa el derecho penal hizo posible, con el bamboleo de aquellos viejos pilares, el que se negase en absoluto la validez del problema, reproduciendo, aun con razones plenamente distintas, las rotundas frases de condenación con que había sido saludado, a su nacimiento, por los últimos representantes de un sistema que moría". "En nuestro derecho la construcción de los conceptos de dolo y culpa presenta peculiaridades de tal naturaleza que estos casos dominan de modo indiscutible en toda investigación profunda sobre el nexo causal".

La brevedad de este artículo no permite hacer enunciados más extensos, ya que su finalidad es presentar el estado actual de las doctrinas sobre el derecho penal y los puntos más destacados de las investigaciones presentes, bases del derecho penal del futuro. Es también mi propósito terminar con algunas observaciones sobre las corrientes doctrinarias actuales —todas dogmáticas— y su admisibilidad por parte de los espíritus demócratas y cristianos.

Severas críticas se han formulado a la dogmática, y en parte ellas tienen razón en cuanto se refieren a las exageraciones conceptuales, en que el sistema ha incurrido. En efecto, son numerosos los temas en que los expositores se han detenido, con una intencionalidad de amplitud que los hace oscuros y confusos. Nociones que, por ejemplo, en la Escuela Clásica (CARRARA) tienen una simplicidad enorme, en la ciencia dogmática son verdaderos enigmas. Ejemplo de ello es la tipicidad, en cuanto *corpus delicti*, o la relación causal de la acción. Esta crítica tiene fundamento y hace pensar en la necesidad de reducir a formas más sencillas el contenido científico-doctrinario del sistema.

Pero la dogmática tiene la virtud de ser, en cuanto derecho, un sistema que reúne en sí todo el conjunto del problema penal, y las escuelas encuentran su aplicación concreta al sistema, que con sus aportes construye genialmente su mole doctrinaria. Y políticamente realiza la posibilidad de un sistema jurídicopenal, demócrata, eminentemente humano, tutelador de los derechos y bastión contra el totalitarismo.

Estamos muy lejos aún de llegar a la meta; primero es indispensable que todos los espíritus inquietos por el problema penal comprendan integralmente la misión del derecho, y que sacudiendo viejos prejuicios de escuela, sometan al examen sereno las fórmulas en que se concreta. Todo en aras de la justicia, cuyo esquema fundamental será siempre: "A Dios lo que es de Dios y al César lo que es del César".

*La acción finalista.* Uno de los más intrincados problemas del derecho penal es sin duda el de la problemática del acto. La acción como forma y contenido del delito presenta serias dificultades para su estudio, tanto más que de su conocimiento depende el problema valorativo y las entidades jurídicas de la culpabilidad y la responsabilidad.

Una reciente teoría llamada de "La acción finalista" quiere resolver el problema de la acción en función de la finalidad del acto, comprendiendo un conjunto de situaciones desde el origen hasta el término, y distinguiendo dentro del ciclo de producción del acto lo subjetivo, lo objetivo, los medios y las consecuencias.

"La acción finalista es una construcción comprensiva y dividida del acontecimiento, en la cual el objetivo es solamente una parte, al lado de los medios puestos en movimiento y las consecuencias secundarias vinculadas con ellos" (WELZEL).

En síntesis, hay acción finalista cuando la voluntad del agente está dirigida a producir un determinado efecto, mediante el uso de medios idóneos capaces de producirlo y con previsión absoluta de todas las consecuencias.

Ahora bien: la finalidad debe entenderse en función de la antijuridicidad, ya que todo acto en sí mismo es finalista pero no siempre contendrá una finalidad de producción de una ilicitud. En esta forma es fácil distinguir el dolo de la culpa, mediante la dirección finalista que el sujeto le haya dado a su acto.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ALDO MORO, *La antijuridicidad penal*.  
ANTONIO HUERTA FERRER, *La relación de causalidad en la teoría del delito*.  
CARLOS FONTÁN BALESTRA, *Manual de derecho penal*.  
ENRICO ALTAVILLA, *Teoría soggetiva del reato*.  
ENRIQUE R. AFTALIÓN, *La escuela técnico-jurídica*.  
ERNST VON BELING, *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito tipo*.  
FILIPPO GRISPIGNI, *Derecho penal italiano*.  
FLORIAN, NICEFORO, PUNZO, *Dizionario di Criminologia*.  
FRANCESCO CARNELUTTI, *Lecciones sobre el proceso penal*.  
HANS WELZEL, *La teoría de la acción finalista*.  
JAMES GOLDSCHMIDT, *La concepción normativa de la culpabilidad*.  
JORGE E. GUTIÉRREZ ANZOLA, *El positivismo jurídico*.  
JUAN DEL ROSAL, *Estudios penales*.  
LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*.  
PETROCELLI, *La dirección técnico-jurídica del derecho penal italiano*.

## Foro histórico

### ALEGATO SOBRE EL TEMA DE "DEFENSA PUTATIVA"

NÓDIER AGUDELO BETANCUR\*

#### PRESENTACIÓN

El trabajo que hoy aparece en esta sección, corresponde a un caso de defensa putativa o "legítima defensa subjetiva", como se le denominaba por la doctrina y la jurisprudencia colombianas bajo la vigencia del anterior estatuto punitivo.

La verdad, es que hoy no tiene sentido emplear tal denominación, máxime cuando es evidente que el nuevo Código Penal ha separado tajantemente el fenómeno de la *legítima defensa objetiva*, esta sí verdadera causal de justificación excluyente de la antijuridicidad, de la hipótesis conocida como *error sobre las justificantes*, o error de prohibición indirecto, que al recaer sobre el conocimiento de la antijuridicidad del hecho —elemento de la culpabilidad— excluye este último estrato del concepto dogmático de delito; la diferenciación se ve más clara cuando se observan los textos de los arts. 29-4 y 40-3, el último de los cuales estipula que no hay lugar a culpabilidad cuando el sujeto obra con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación.

Lo hasta aquí dicho, nos sirve para advertirle al lector que la terminología que se utiliza, el enfoque dogmático —si así se le puede denominar—, las referencias doctrinales y jurisprudenciales que se hacen y el manejo que se le da al problema, eran los enfoques propios de la época en que ambos memoriales fueron escritos. Se acude a la clasificación del error de hecho y de derecho que consagraba el anterior C. P. en su art. 23, en vez de la moderna división error de tipo-prohibición que parece prohiar el actual estatuto represor; se habla de causal de exención de responsabilidad a la hora de ubicar la hipótesis en el cuerpo legal y no de causal de inculpabilidad, como sería hoy lo apropiado, etc. No es, pues, el problema técnico el que nos interesa destacar en estos

\* Debo manifestar que estos alegatos, para su presentación, fueron firmados por el eminente penalista quindiano, Dr. HELIO MARTÍNEZ MARQUEZ porque en ese entonces cursaba mi 4º año de derecho y no podía actuar de manera directa en el proceso. Desde luego, de él recibí muy valiosas sugerencias y orientación decisiva. Sobre todo, quiero reiterar a ese aguerrido defensor mi permanente agradecimiento por haberme tendido su mano en aquella difícil hora.