

DR 70105



**EVOLUCION DE LA CULPABILIDAD**

**VICENTE RAMON MOLINA VARGAS  
BLANCA INES CASTRO SILGADO**

**BARRANQUILLA**

**CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO**

**SIMON BOLIVAR**

**FACULTAD DE DERECHO**

**1993**

**EVOLUCION DE LA CULPABILIDAD**

**VICENTE RAMON MOLINA VARGAS**

**BLANCA INES CASTRO SILGADO**

Trabajo de Grado presentado como requisito  
parcial para optar al título de:

Abogado.

Asesor: Dra. MARLENI ESMERAL NORIEGA

**BARRANQUILLA**

**CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO**

**SIMON BOLIVAR**

**FACULTAD DE DERECHO**

**1993**

**NOTA DE ACEPTACION**

---

---

---

---

Presidente del Jurado

---

Jurado

---

Jurado

Barranquilla, Diciembre de 1993

## AGRADECIMIENTOS

Las autoras expresan sus agradecimientos

- Al Doctor CARLOS LLANOS SANCHEZ, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Simón Bolívar.
- A La Doctora MARLENI ESMERAL, asesora del presente trabajo.
- A Todas aquellas personas que de una u otra forma colaboraron en la realización del presente trabajo.

## TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	1
1. INTEGRACION DEL DERECHO PENAL	3
1.1 CONCEPTOS	3
1.2 ANTECEDENTES DEL CODIGO DE 1936	18
1.3 PRINCIPIOS BASICOS DEL CODIGO DE 1936	19
1.4 ANTECEDENTES DEL CODIGO DE 1980	20
1.5 LOS CRITERIOS FUNDAMENTALES DEL CODIGO DE 1980	22
2. LA CULPABILIDAD	25
2.1 EXTENSION DOGMATICA	28
2.2 LA CULPABILIDAD Y LA ACCION	30
2.3 EVOLUCION DE LA CULPABILIDAD	31
3. LA JUSTIFICACION	45
3.1 ESENCIA DE LAS JUSTIFICANTES	47
3.2 LA JUSTIFICACION SUPRALEGAL	52
3.3 LAS SIETE CAUSALES DE JUSTIFICACION	54
4. LA INCULPABILIDAD	61
4.1 CONCEPTOS	61
4.2 GENERALIDADES	62

4.3 CARACTERISTICAS	63
4.4 FUNDAMENTOS DEL ESTATUTO	63
CONCLUSIONES	66
BIBLIOGRAFIA	69

## INTRODUCCION

Las definiciones de Derecho Penal responden a la orientación filosófica de cada autor, y dentro de ésta, al sentido finalista que den a dicha especialidad.

Podríamos decir que el Derecho Penal es el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el juicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción así como la responsabilidad del sujeto activo y asociado a la infracción de la norma una pena finalista o una medida de seguridad. Además es el grupo de normas jurídicas con las que el Estado prohíbe, mediante la amenaza de una pena, ciertos comportamientos humanos. En otros términos, es el conjunto de preceptos cuya inobservancia por consecuencia la imposición de una pena al autor del delito.

A este derecho cotidiano, versátil, premioso, de ventajas unilaterales para el Estado, es indispensable infundirle seriedad, adoctrinarlo, sin olvidar que es reflejo de

situaciones ordinariamente apuradas por las que va discurrendo la política dominante con sus ensayos, errores, crisis y fugaces períodos de prosperidad.

Conocer sus fines y desarrollos, no es contemporizar con ese conjunto de órdenes, requisitos, trámites, impuestos, retenciones y castigos. Por el contrario su estudio inmuniza contra el abuso. El caos en tales pronunciamientos, la dificultad para adelantarse en sus laberintos, hasta su paupérrima redacción, no autorizan a nadie para esquivarlos aunque repugnen sin injusticias y autoritarismos.

El Derecho Penal Administrativo, el financiero, el de aduanas, a fuerza de constitutivos de obligaciones y de ciertas garantías, han de ser regentados por los principios jurídicos universales. Los criterios sobre vigencia de las normas, sobre su interpretación según las personas y la naturaleza de sus actos, favorabilidad, exenciones en casos dudosos, presunción de inocencia, plena prueba y cumplido proceso, entre otros, tiene que asistir el enjuiciamiento de toda clase de conductas, así sean delictuosas, contravencionales, disciplinarias, o encontrarse previstas en estatutos especializados.

## 1. INTEGRACION DEL DERECHO PENAL

### 1.1 CONCEPTOS

El Derecho Penal Colombiano tiene sus fuentes remotas en el de España, que a su vez, amalgamó influencias romanas, germanas y canónicas.

Aunque en sus orígenes el Derecho Romano confunde el delito con la expiación religiosa y con recomendaciones para actuar bien, lo que distanció el sistema griego en cuanto éste se emancipó del misticismo teológico, creó estos institutos recomendables:

-Nociones de culpa y dolo, planteadas sobre la base de la intención criminal, lo cual condujo a estimar menos las consecuencias de las faltas mismas, como ocurrió con la tentativa, que en muchos casos se asimiló al delito consumado.

-La definición precisa de ciertas figuras penales, como la injuria, la falsedad y el hurto.

-La concepción del Derecho como expresión de la autoridad del Estado, al que revistió de poderes especiales para proteger el orden público.

-La noción del delito como ofensa pública y la de la pena como forma de reacción social contra el crimen.

Junto con estas conquistas existieron instituciones monstruosas, que Roma transmitió a Francia y España, como fueron: la desigualdad, que permitió aplicar por el mismo delito penas distintas según la condición del culpable; la arbitrariedad, que autorizó el castigo según los gustos del funcionario, sin más control que el rmeoto de la jerarquía imperial; y la crueldad, evidenciada en la difusión y perfeccionamiento de los suplicios y penas corporales, entre éstas, la de muerte.

Estas tres características: desigualdad, arbitrariedad y crueldad constituyeron una herencia común que nose apartó en ningún tiempo del derecho español y que tuvo horroroso florecimiento durante la conquista y la colonia.

-Las fuentes germanas:

El Derecho Alemán Clásico, que germinó sobre las ruinas del Imperio Romano, removidas por los usos de los

pueblos invasores, y que integra con antiguas leyes escandinavas danesas, noruegas, suecas, lo mismo que normas germánicas y con las capitulares e instituciones jurídicas de los francos, se distingue del romano.

-Por la ausencia casi completa del punto de vista político y social en la organización de la penalidad, pues en él predominan tendencias individualistas.

-Por la mensuración del delito teniendo en cuentas sus consecuencias perjudiciales y no el propósito del autor.

Hasta muy entrada la edad media, el derecho penal era entre los germanos una rama del derecho privado, como la comprueban el duelo judicial y la composición.

El principio individualista se destaca con la prueba judicial. Cualquier litigio se resolvía mediante las armas. Más adelante, cuando los germanos se volvieron al catolicismo, la fe supersticiosa creó las ordalías o juicios del Dios. Hasta muy avanzado el medioevo, las ordalías resistieron la forma del duelo para dirimir las controversias.

Los contendores se transformaban en combatientes, ya directamente, ya por medio de campeones. El juez procla-

maba la victoria según el resultado de la lucha, y el derecho de la fuerza triunfó sobre la fuerza del derecho.

El derecho canónico influyó enormemente en el derecho secular y aunque no siempre los sentimientos de caridad, fraternidad y redención inspiraron su práctica, lo cierto es que mediante la paz de Dios y el asilo protegió a muchos delincuentes de la venganza de particulares, situando el castigo en manos de la autoridad política.

Sin embargo, algunos libros penitenciales reconocieron principios germánicos sobre la venganza privada y la de sangre, especialmente contra el ladrón nocturno y el adúltero, mientras que los libros penitenciales romanos los prohibieron.

Ciertos delitos -blasfemia, adulterio, usura, perjuicios fueron reprimidos durante mucho tiempo, sucesiva y simultáneamente, por el poder eclesiástico y el poder civil. Otros estuvieron siempre bajo jurisdicción eclesiástica: contra la fe, la simonía, el sacrilegio, la herejía, el sortilegio, la magia.

El Derecho Canónico, que luchó por la igualdad, no la aplicó sino a los que formaban parte de la comunidad católica.

El prójimo es el próximo, el inmediato, no el lejano ni el extranjero. Quienes no hacían parte de la confesión estaban excluidos del tratamiento humanitario, y antes bien, contra ellos se implantaron los tribunales del Santo Oficio con sus aplicaciones de crueldad sectaria.

En el derecho español se encuentran refundidos o superpuestos principios romanos y germánicos, como lo demuestra la primera lex romana visigothorum -siglo V- y el fuero juzgo -siglo XIII- y las partidas mantuvieron rígidos principios penalógicos, pero trataron de clarificar las prácticas judiciales. Las últimas en contraste con el fuero real, realizaron más estrechamente la unión con las instituciones eclesiásticas.

Enorme interés histórico tienen el fuero juzgo o fuero real y las partidas.

A pesar de sus caracteres de barbarie, propios del tiempo, el fuero juzgo estableció principios básicos, a saber:

la igualdad de los hombres ante la ley, entendida dentro de las diferencias de siervos y libres; el reconocimiento del elemento intencional en el delito, infundiendo a la pena sentido de intimidación; la restricción de la

pena de muerte por motivos religiosos, lo mismo que la del duelo judicial y la del tormento, quitando al castigo el carácter transferible que había mantenido algunas instituciones antiguas; la clasificación del homicidio voluntario, provocado y premeditado y el haber dado simple valor relativo a la confesión arrancada en el tormento.

El fuero real, dictado por Alfonso X, el Sabio -Siglo XII- acentúa la naturaleza vernácula del derecho español, aunque no se desprenda del todo de los influjos antecedentes. Publicados sus cuatro libros en 1250, el fuero real es fundamentalmente una conquista de la monarquía, en cuanto limita las atribuciones de la nobleza.

No abandona la compositio germánica en las lesiones personales, pero disminuye el alcance de las indemnizaciones. Si los castigos que autoriza respiran crueldad y venganza, también es cierto que busca proporcionar las penas al delito, regular la acción de los jueces, y sobre todo, responsabilizar solo a la persona infractora.

La influencia canónica resalta especialmente en el establecimiento del derecho de asilo.

El mismo Alfonso X publicó un digesto del derecho español, llamado Las Partidas, que se conservó íntegramente hasta 1263. La partida VII se refiere a las instituciones penales, asunto que contrasta con el Fuero Real, sus disposiciones aparecen influenciadas por el Código Justiniano, notándose en ellas, además una unión más estrecha con las doctrinas eclesiásticas.

En 1488 se abrió la época de las recopilaciones con las ordenanzas reales de Montalvo. Otras dos datan en 1567 -Nueva Recopilación - y 1805-Novísima reocpilación-. En realidad no se trataba de códigos sino de una teróclita promiscuidad de normas y prohibiciones morales, civiles y penales, que consagraban penas infantes y crueles.

Tratando de ordnar el régimen punitivo en las colonias americanas, España reunió las disposiciones dictadas desde 1525, en una Recopilación de las Leyes de los Reinos de la India, obra que fue agrandándose hasta formar un volumen enorme cuando se concluyó en 1680.

Aunque el trabajo fue muy detallista no previó la ejecución de numerosas acciones, y por eso la Ccrona ordenó aplicar concurrentemente con ese estatuto, el Fuero Real, Las Partidas, las Ordenanzas Reales de Casti-

lla y la Nueva Recopilación.

Al lado de estas disposiciones, ya de por sí caóticas y contradictorias, las leyes aceptaban la jurisdicción de los caciques indígenas, en cuanto no contrariará los principios del conquistador. A lo que es preciso agregar el casuismo de la interpretación que muchas veces creó el derecho. De modo que las fuentes de la legislación indiana hay que buscarlas, más que en las leyes dictadas a veces con espíritu protector contra los excesos de encomenderos y jefes militares, en los autos de las audiencias y los bandos de los virreyes y gobernadores, que contienen el sistema procesal penal, así como la ordenanza de los cabildos, donde se encuentran las prescripciones de policía.

La organización represiva tampoco fue uniforme, porque frente a la jurisdicción común representada en su cúspide por la Real Audiencia, existían las jurisdicciones eclesiásticas, militar, fiscal, de correos y otras de índole gremial.

Las pragmáticas, cédulas, bulas, y demás disposiciones dictadas para organizar la represión de las Indias, se superponen a las bárbaras de los aborígenes, fundadas aún sobre el animismo mágico y los tabúes.

Los urabaes castigaban el adulterio con la muerte. Los cunas enterraban viva a la mujer forzada, y al hombre que quitaba la virginidad de una doncella le introducían por la uretra una varilla de espinas. Los catíos cedían al esposo ofendido el cuidado de la venganza. Los chipataes administraban a los acusados una infusión de borrachero y los mataban si durante la embriaguez tenía un comportamiento deshonesto. El homicida debía morir. Entre los muzos, los parientes la víctima se reservaban el derecho de castigar. Los guaches flechaban al ladrón y el tirador que lo hiriera en un ojo o en la boca, era premiado por el cacique.

Los chibchas imponían la muerte al homicida y al raptor. El incesto se castigaba al autor en un hoyo lleno de agua, reptiles y sabandijas. Si la violencia era cometida por casados, daba derecho a dos jóvenes para gozar a la esposa del reo.

Los pederastas y los adúlteros eran ampalados. Los desertores recibían muerte afrentosa. Se forzaba al ratero, y a la ratera se le cortaba el cabello. Al ladrón de mayor cuantía y al ratero reincidente los cegaban con candela y espinas.

Cuando se inició la conquista regían en el altiplano las

normas dictadas por Nemequene, que orientaban la punición y contenían una embrionaria organización judicial a través del Concejo de Justicia presidido por el cacique de Suba.

Algunas tribus subsistentes en territorio colombiano mantienen prácticas primitivas especialmente características entre los individuos guajiros como son:

-El tabú de sangre y la composición. El que derrama sangre, voluntaria o involuntariamente, se margina de la sociedad, queda contaminado de impureza y debe pagar al ofendido o a la familia de éste, una cantidad determinada en objetos preciosos y animales.

-La magia adivinatoria. Los espíritus juegan un papel singular en la investigación delictiva. El adivino se desdobla y va en busca de los objetos robados, siguiendo la ruta del ladrón, hasta dar con el paradero de unos y otros. Luego regresa el espíritu para comunicar al adivino sus descubrimientos.

-La expiación por el homicidio. La muerte del semejante se convierte para el asesino en una obsesión, pues el espíritu del sacrificado la sigue a todas partes. Aunque la familia haya recibido la composición, tiene que

auspiciarse ritos purificativos hasta obtener lo que denominan cambio de personalidad, con el objeto de hacerse irreconocible por el espíritu del muerto.

Declarada la independencia política de España, continuaron rigiendo los viejos estatutos peninsulares con las modificaciones hechas por las primeras constituciones que reconocieron los derechos individuales, las garantías penales y procesales e implantaron normas coercitivas para asegurar su eficacia.

Como seguían rigiendo las imposiciones españolas en lo concerniente a la tipicidad delictiva, el Congreso de Angostura -1819- facultó al presidente de la república para en favor de la humanidad mitigar, conmutar y aún perdonar las penas aflictivas, aunque sean capitales, previo concepto favorable del poder judicial.

El mismo Congreso dictó un reglamento provisional para la administración de justicia. Sin embargo, siguió el caos legislativo hasta el extremo de que la Ley 8 de abril de 1826 declaró válidas las sentencias pronunciadas por los Tribunales establecidos en las provincias independientes en la primera época de la transformación política, declaración indispensable porque coexistían juzgados y

tribunales de origen republicano y español.

A falta de un estatuto penal, la Constitución de Cúcuta 1821, dio validez a las leyes de Indias y demás pragmáticas y cédulas originarias de la Corona, y la ley del 13 de mayo de 1825 dispuso que rigieran, a falta de normas republicanas, las ordenanzas reales, las recopilaciones y las Siete Partidas.

El Tribunal de Adquisición fue abolido definitivamente por la ley 13 de septiembre de 1821.

En 1823 se presentó a las Cámaras el primer proyecto de Código Penal, basado en el Código Español de 1822, pero no fue considerado.

Mediante la ley 27 de junio de 1837 el Congreso aprobó el primer Código Penal Colombiano, que tuvo como base el proyecto elaborado por los Consejeros de Estado en 1833.

Se estuvo que dicho proyecto se moldeó sobre el código Francés de 1810, pero debe reconocerse hoy que en muchas de las materias tratadas en sus cuatro libros se apartó de él comenzando por rechazar la división tripartita de crímenes, delitos y contravenciones.

Más bien se inclinó hacia la clasificación romana de delitos y culpas contra la sociedad, contra la salud, contra el Estado, la religión, la moral, la hacienda pública, etc., y delitos y culpas contra los particulares, hurto, homicidio, envenenamiento, aborto, ultrajes, robo, entre otros.

El libro primero trató de las penas, la conspiración, la tentativa y materias análogas, después de definir el delito como voluntaria y maliciosa violación de la ley.

El libro segundo incluyó la pena de muerte y trazó formas terrofísicas de aplicación. Los delitos políticos originaban la declaración de traición e infamia, sancionables con la pena capital cuando se emplearon las armas.

En veinte años el código de 1837 tuvo modificaciones, algunas de las cuales fueron fundamentales, como éstas:

-La supresión de las penas de muerte, trabajos forzados, presidio, prisión, reclusión e infamia para los delitos políticos, lo mismo que la vergüenza pública, por la ley del 26 de mayo de 1849.

-La libertad de prensa, conquistada mediante la ley del 31

de mayo de 1851, también promulgada por José H. López.

-El procedimiento especial para las cuadrillas de malhechores, ley 22 de mayo de 1843.

Las reformas judiciales de la ley del 11 de junio de 1844; el aumento de pena para los delitos de heridas, ley del 31 de mayo de 1849; la modificación de las sanciones para el abigeato -ley del 2 de junio de 1846.

Por primera vez, la ley del 4 de junio de 1851 estableció el jurado en los juicios por delitos de homicidios, robo y hurto mayor.

La humanización de las normas penales vino a ser completa solo en el Código de 1873, dictado sobre estas bases constitucionales de Río Negro, 1963; inviolabilidad de la vida humana, término máximo de 10 años para las penas corporales, libertad absoluta de imprenta, locomoción, industria, instrucción, religión, procesión, asociación y comercio; garantía para la libertad, propiedad y seguridad.

El Código de 1873, dividió los delitos en tres grupos: políticos, -los cometidos contra el orden público o contra la seguridad exterior-; de responsabilidad, -los

cometidos por funcionarios públicos en ejercicios de sus cargos y comunes o privados,- los cometidos por particulares contra particulares.

La pena de presidio no podía exceder de 10 años, la de reclusión de 8 años; la de prisión, de 5 años; la de expulsión de territorios; de 10; la de confinamiento, de 5.

Triunfante la regeneración y reunificada la república se pensó en elaborar nuevos códigos que respondieran a la política reaccionaria que iba a borrar garantías humanas decretas en Río Negro; entre tanto, el artículo 2o. de las disposiciones transitorias de la constitución de 1886 impuso que mientras el poder legislativo no disponga otra cosa continuará rigiendo en cada departamento la legislación del respectivo Estado; y el artículo ordenó que se aplicara el Código Penal del extinguido Estado de Cundinamarca, 1858, para juzgar los delitos de traición a la patria, parricidio, asesinatos, incendios, asaltos en cuadrilla, piratería y ciertos delitos militares definidos por las leyes del ejercicio. Para todos estos se autorizaba la pena de muerte.

Desde 1886 a 1890 en que se expidió la ley 19 sobre Código Penal, rigieron las normas de los extinguidos

estados soberanos; pero como estos no autorizaban la pena de muerte cuando debiera aplicarse a los responsables de los delitos enumerados en el artículo 29 de la carta, debía regresarse al viejo estatuto cundinamarqués, que si la reconocía.

El Código de 1890 reprodujo la rigidez penológica desde 1837, de modo que prácticamente fue éste el que rigió hasta 1938 con modificaciones de la supresión de la pena capital por el acto legislativo número 3 de 1910.

## 1.2 ANTECEDENTES DEL CODIGO DE 1936

La comisión creada por la ley 81 de 1923 estudió el proyecto que entregó al gobierno en 1925, apartándose del de Ferri -1921- pues no combinó en el concepto genérico de sanciones, sino en el mixto de penas y medidas de seguridad. También se apartó del Italiano al reconocer causa de imputabilidad y causas de justificación, así como en la exclusión de responsabilidad para el demente, si bien autorizaba el tratamiento positivista de recluirlo en un manicomio criminal.

Inexplicablemente el gobierno no le dio curso a este proyecto, y en 1926 contrató una misión de modestos funcionarios italianos para que elaborara otro sobre las

bases desde 1912 y se apartara por consiguiente, del criterio reflejado en el de 1925.

La misión italiana regresó sin haber logrado imponer sus textos, calificados de paleontología jurídica. Así se paralizaron los trabajos de reformas hasta que se expidió la ley 20 de 1933, que organizó para principios de 1934 la comisión de asuntos penales y penitenciarios, encargada de elaborar el proyecto definitivo que acogió la ley 95 de 1936.

### 1.3 PRINCIPIOS BASICOS DEL CODIGO DE 1936

Los principios básicos que dijo la comisión de 1934 haber tenido en cuenta son:

-La defensa social como sustento de las sanciones y eficaz prevención de la delincuencia.

-La actividad sicofísica como base de la imputabilidad criminal.

-En consecuencia, deben ser responsables penalmente los enfermos de la mente, intoxicados y los menores, como los sujetos peligrosos para la sociedad.

-El estudio del delincuente y no solo el del delito como ente jurídico; de modo que se debe penetrar en su personalidad antisocial para aplicar las sanciones, considerando, además de la objetividad del acto los motivos y demás circunstancias peligrosas que la caracterizan.

-La peligrosidad debe ser la medida de la pena entre el mínimo y el máximo señalado para el delito.

-El título de las sanciones no debe contener exclusivamente la reglamentación de lo tradicionalmente se ha llamado pena, sino también las medidas de seguridad aplicables a los menores y a los insanos.

#### 1.4 ANTECEDENTES DEL CODIGO DE 1980

Recogiendo críticas de los especialistas en la materia y tratando de elaborar un instrumento más eficaz en la lucha contra la delincuencia, el gobierno nacional dictó el decreto 416 de 22 de marzo de 1972 mediante el cual constituyó una comisión redactora de un Código Penal distinto del vigente desde 1938.

La comisión trabajó continuamente durante 20 meses, al cabo de los cuales presentó un proyecto completo que fue

publicado con los extractos de las actas en un volumen de 881 páginas en los talleres gráficos de la penitenciaría central, en junio de 1974.

En el mismo año, el presidente de la república solicitó facultades extraordinarias para poner a regir el proyecto, pero el Congreso no las expidió, prefiriendo, mediante una proposición, pedir al gobierno designar una segunda comisión que revisara los textos proyectados.

Más tarde, esta comisión introdujo modificaciones de significación a su trabajo y sentado al Congreso el 3 de agosto de este mismo año. Por distintas dificultades técnicas los trabajos de este tercer proyecto quedaron sin antecedentes escritos, pues no se produjeron actas.

El tercer proyecto es decir, el de 1978, no cursó en el Congreso, entidad que prefirió otorgar las facultades extraordinarias antes negadas al gobierno y expidió la ley 50. de 1979, en la cual constaban tales autorizaciones para expedir y poner en vigencia un nuevo Código penal, sobre las bases, principios y lineamientos generales del proyecto presentado por el gobierno al Senado de la república el 3 de agosto de 1978 y el anteproyecto publicado en 1974 por el Ministerio de Justicia, que para los efectos de la ley formará parte

del expediente.

De acuerdo con el artículo 2o. de la ley de facultades, el presidente ejerció su mandato asesorado de una comisión compuesta por dos senadores, tres representantes y sendos miembros de las anteriores, dos comisiones redactoras. Esta comisión, o sea la tercera constituida desde 1972; culminó su trabajo en diciembre de 1979 y el gobierno, en uso de las autorizaciones extraordinarias, expidió el Nuevo Código penal mediante decreto número 100 de 1980, el Código nuevo rige desde el 29 de enero de 1981.

#### 1.5 LOS CRITERIOS FUNDAMENTALES DEL CODIGO DE 1980

Cambiando básicamente la orientación del estatuto de 1936 vigente desde el 1o. de julio de 1938, el expedido mediante decreto 100 de 1980, acoge la doctrina de la culpabilidad y con ello sustituye del todo la tendencia penológica que fundaba la represión en la peligrosidad del sujeto.

Si el Código anterior exigía responsabilidad, es decir, sanción, por lo que el sujeto era, por sus condiciones personales, su forma de vida y su situación en los grupos sociales, el nuevo exige esa misma consecuencia de su

comportamiento por lo que ha hecho, es decir, por la modificación del mundo exterior en un sentido antijurídico y culpable, sin tener en cuenta la personalidad del infractor más que en algunas instituciones secundarias, como son las referentes a dosificar las penas.

El nuevo estatuto contiene un título primero en el cual enumera y define las normas rectoras conforme a las cuales deben estudiarse y aplicarse sus disposiciones, a saber: legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, favorabilidad, exclusión de la analogía, igualdad ante la ley cosa juzgada, conocimiento de la ley, juez natural y función de las penas y de las medidas de seguridad.

Es el primer tópicó con tan importantes declaraciones que armonizan con todas sus previsiones y que sirven al intérprete como guías de las mismas.

El principio de la culpabilidad como fundamento de la persecución punible entraña una revolución en los conceptos y esa revolución favorece la libertad del hombre, su dignidad y todos los atributos de la persona.

Es completamente distinto castigar al ser, que sancionar

el hacer. De allí fluyen numerosas consideraciones, como la de que los inimputables no pueden ser culpables y la de que las medidas adecuadas para ellos no son sanciones sino ordenamientos asegurativos y de curación.

El Código no se adscribe a ninguna tendencia penal, como sí lo hizo el de 1936, de innegable información positivista, con todo lo que esta pseudoideología tiene de expeditivo y reaccionario, pues implica un descenso en relación con la filosofía alemana de los siglos XVII y XVIII.

Teniendo en cuenta lo anterior, los redactores elaboraron la parte general con los auxilios de la doctrina y la jurisprudencia universales sobre la teoría del delito, la excelente contribución de nuestros jueces y doctrinantes a la interpretación de la ley penal y, desde luego, las características de la sociedad colombiana a la cual se aplicarán las nuevas disposiciones legales.

## 2. LA CULPABILIDAD

Durante mucho tiempo los estudios dogmáticos establecieron una tajante separación entre injusto y culpabilidad, pues lo externo y objetivos se adscribió a la antijuridicidad, mientras que el interno y subjetivo hacía parte de la culpabilidad.

Lo importante y definitivo en esta era simplemente la relación psicológica entre el hecho y su autor, sin tener en cuenta elementos normativos o valorativos. La culpabilidad se entendía pues como mera constatación y no como juicio de valor. Desde entonces la evolución sobre esta categoría ha sido permanente y aún en la actualidad, particularmente en Alemania, la controversia es aguda e intensa.

En los comienzos de la dogmática moderna desde 1880 se está ante la separación de lo interno y lo externo de lo objetivo y subjetivo. Todo lo externo- objetivo- se asignó ante la antijuridicidad, todo lo interno

-subjetivo- a la culpabilidad; la culpabilidad debía ser la relación entre el autor con el resultado.

El concepto actual de la culpabilidad pretende crear una nueva sistemática indestructible. En verdad, el desarrollo de la teoría de la culpabilidad ha llegado a un punto particularmente en Alemania en que el hombre ha hecho crisis, y en el cual muchos autores parecen a veces detenido ante la situación planteada. Pero de todas maneras, la intensa controversia ha sido útil en extremo porque ha superado conceptos y teorías que estuvieron en boga durante muchos años, como dogmas intocables.

Lo cierto es que gracias a estos estudios hoy puede considerarse completamente superada la creencia de que lo subjetivo pertenece a la culpabilidad y lo objetivo a la antijuridicidad. Los criterios sicologistas puros perdieron vigencia en el derecho penal, porque como tales, carecen de contenido y significación jurídica.

La intención de matar nada dice al derecho, porque ella subsiste en los casos de justificación del hecho -legítima defensa, estado de necesidad. El mundo del derecho abarca criterios éticos y sociales que desbordan los simples hechos psicológicos. La culpabilidad extiende sus dominios sobre un campo más extenso que el tipo,

porque éste se consagra solamente a la descripción de conductas particulares, ya moldeados; el tipo constituye solamente un sector del injusto, identifica un comportamiento, pero no lleva en sí las causas que quitan la calificación de delictiva a una acción humana considerada objetivamente como tal.

Evidentemente, si el derecho es norma de conducta que se dirige a regular el comportamiento humano para ajustarlo a lo que la sociedad a través del Estado considera bueno, resulta claro que la culpabilidad es por sobre todo valoración, así no se agote en ella, sino que deba tener en cuenta también criterios psicológicos.

Pero también es cierto que el ámbito de una mayor especificación de conceptos y métodos, la bipolaridad entre elemento objetivo del delito se ha superado, volviéndose un simple supuesto de hecho de una serie de juicios de valor que nos ha brindado el sistema tripartido del delito, en sus momentos de la tipicidad, de la antijuridicidad y de la culpabilidad; sistema que puede considerarse el mejor dentro de lo que ha dado la dogmática penalista en su difícil búsqueda de categorías que reflejen un pensamiento responsable.

Los viejos criterios sobre concepción del delito están

pues superados ampliamente. No se puede hablar del delito como un conjunto en el cual son claramente diferenciables los elementos subjetivos y los objetivos asignados los unos a la acción y los demás a lo interno del sujeto, equivalente más o menos a la culpabilidad. Lo que encuentra general aceptación es la concepción tripartida que se traduce en tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, y a ella se afilia decididamente el Código Penal, artículo 2.

## 2.1 EXTENSION DOGMATICA

Los artículos 35 a 39 del C.P.; demarcan el campo de la culpabilidad al definir en que se presenta este elemento básico del hecho punible. Tales formas son, siguiendo la orientación más común, el dolo, la culpa y la preterintención, a través de los cuales se reconoce la vida interior de los delitos y las contravenciones. Fuertes críticas se han hecho a la inclusión del acontecer preterintencional entre las formas en que aparece la culpabilidad. Pero aunque las objeciones sean explicables en nombre de un apurado tecnicismo jurídico, lo cierto es que es mejor incluir esa modalidad, precisamente tratando de rehuir la poscrita responsabilidad objetiva.

La norma rectora en el artículo 5o. exige que la conducta típica y antijurídica sea también culpable a fin de que pueda indiscriminarse, y agrega, a manera de reafirmación sobre el elemento subjetivo, la prohibición de toda forma de responsabilidad por el resultado, es decir, de pena que escape a las indagaciones sobre si el hecho se realizó dolosa, culposa o preterintencionalmente.

Es el punto en que mayor distanciamiento existe con el estatuto derogado, en especial con el artículo 11, que incriminaba acogiendo el absurdo criterio positivista que la responsabilidad legal, fundada a su vez en la responsabilidad social.

Fueron tardíos los aportes interpretativos para deducir la culpabilidad en la fusión de los artículos 12 y 29 contrariando expresamente el pensamiento de los redactores del Código de 1963 y el del legislador de ese año.

Podemos afirmar que la culpabilidad es la actitud consciente de la voluntad que da lugar a un juicio negativo de reproche porque el sujeto actuó antijurídicamente pudiendo y debiendo actuar de otra manera, y que en nuestro derecho positivo puede adoptar las formas de dolo, de la culpa o de la preterintención; cuando de la

primera de ellas se trata el agente mediante un acto de acción o de omisión emanado con humana libertad de su propio psiquismo, realiza un hecho penalmente antijurídico con conocimiento de su típica ilicitud, con conciencia de su antijuridicidad y con voluntad de ejecutarlo.

## 2.2 LA CULPABILIDAD Y LA ACCION

La culpabilidad no es un elemento específico, con todos los miramientos acordados por la dogmática, sino que está prisionera del objetivo perseguido, con lo que se sitúa en grave peligro la autonomía volitiva y con ello los factores psicológicos de la personalidad.

Su función en la teoría, por razón de rango, debe ser análoga a la que desempeña la antijuridicidad; es decir, esencialmente, necesidad de su presencia calificando la acción y sometiendo a la función rectora de la tipicidad.

El proceso es distinto; si hay una conducta está descrita en el precepto penal, o sea si es típica, y si es antijurídica, porque no se encuentra amparada por una causal de justificación, es ineludible indagar además si es culpable. Los cuatro elementos: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, son los presupuestos de la responsabilidad y ésta, en antecedente de la pena.

Para ser culpable el agente debe tener capacidad de imputación, es decir, debe ser imputable. La capacidad de imputación reside en que el sujeto haya actuado con conocimiento del hecho y con voluntad para realizarlo.

### 2.3 EVOLUCION DE LA CULPABILIDAD

El principio *nulla poena sine culpa*, que hoy, con excepciones como la del positivismo, parece algo profundamente arraigado en las instituciones represoras, no fue, sin embargo, tan elemental en la historia del derecho, ni siquiera en la de la moral y las prácticas religiosas. Fue en un período muy avanzado cuando comenzó el juicio sobre las ideas y los sentimientos, la auscultación de la anterioridad para encontrar lo que el sujeto se propuso, o por el contrario, lo que no se propuso pero que resultó.

Durante el más largo período de la historia no se castigaba al malhechor porque se le consideraba responsable de su acto, no se creía que solo el culpable debía ser castigado: se castigaba, como aún hoy castigan los padres a sus hijos, por un impulso de cólera excitado por el perjuicio sufrido y que reconoce sobre el autor. Pero esta cólera está mantenido dentro de ciertos límites y modificada por la idea de que todo daño encuentra en

algún lado su equivalencia.

La culpabilidad en el derecho represor mantuvo largamente su contenido religioso cristiano, ese reproche de vivir que se sobrepuso al sereno goce antiguo. No fueron pocas las preocupaciones para desplazarla de ese ambiente místico, tomándola como creación reguladora de la conducta humana. Todavía se la vincula con el postulado del libre albedrío, que nada tiene que ver con las construcciones jurídicas.

Constatando con la antijuridicidad que se refiere al aspecto externo del acto, la culpabilidad mira el interior de ese acto en busca de su contenido psicológico. Es pues el elemento subjetivo de la infracción que básicamente se advierte en el conocimiento del hecho y en la verdad de realizarlo.

Para que el agente sea culpable desde el punto de vista jurídico-penal, tiene que realizarse en él, de modo positivo, ambas situaciones, la existencia de la capacidad de entender y de querer, dentro de los límites establecidos por la ley, y la manifestación de esa voluntad en un acto voluntario concreto. No culpable sería, no tan solo el agente no imputable, sino también el agente que, aún siendo libre y normalmente por vio-

lencia, por error u otras causas y esto implica; manifestación externa, consciente y autónoma de la voluntad, respecto de los fines a que ella encamina el movimiento físico; que por parte del Estado se exija una conducta distinta.

Decir que la acción, para ser justificable, ha de ser voluntaria, es tanto como determinar que el hombre ha de estar en condiciones tales que pueda, según su arbitrio, ejecutarla o no, donde no hay esa libertad no puede haber ningún delito, por grande que sea el daño producido, por funesto que sea el resultado; habrá una desgracia que lamentar y, si es posible que reparar, no un delito que reprimir. Obrar sin voluntad, es obrar sin juicio previo, sin deliberación, sin acuerdo con nosotros mismos, sin poder elegir entre dos cosas una, obrar en una palabra por necesidad.

En lo expuesto anteriormente, se bosquejan ya las dos corrientes doctrinarias explicativas de la culpabilidad, cuya contrastada difusión no deja de acentuarse en el modo contemporáneo: la psicología y la normativa.

Conforme a la primera, de tradición más antigua, el núcleo de la culpabilidad son las nociones de dolo y de culpa, o sea, en el vínculo fundamentalmente psicológico

entre el autor y su obra. Ese vínculo entre lo que quiere y lo que en realidad le resulta puede ser directo o indirecto, y aún referirse a un no hacer, como ocurre en ciertas infracciones culposas, pero de todos modos el producto se relaciona con la acción antijurídica. Si el agente se propuso algo, nace la actividad dolosa. Si no existió esta proposición, pero sobrevino un resultado, hay culpa.

Dolo y culpa son, dos especies de culpabilidad. Sin embargo, no siempre la consecuencia corresponde a cuanto al agente se propuso por un exceso de realización, lo cual crea una tercera forma, también psicológica, que unida a las anteriores, se anuncia con estos ejemplos: el agente lo hizo intencionalmente o de propósito; dolo, no se dio cuenta, o lo hizo sin previsión; culpa, el resultado es más considerable que la propuesta; preterintención o ultraintención.

La indagación de lo que proyecta el autor y de lo que ha cumplido para lograrlo, es enteramente psicológico, la culpabilidad en cuanto traduce la relación entre el autor y la obra, es un fenómeno intelectual.

Además, que no soluciona la graduación del dolo y que, siendo la culpabilidad puramente psicológica, no explica como se puede excluir este factor en el constreñimiento.

Problemas que deben ser resueltos dentro de una posición no exclusivista de la culpabilidad psicológica sino en una que supere los antagonismos con la concepción normativa.

-Culpabilidad normativa:

La concepción normativa plantea: el ligamen psicológico con su obra, es un elemento fáctico o de hecho que sirve para apoyar el juicio sobre culpabilidad, pero no es el único, porque es indispensable conocer los móviles y luego la norma para enterarse de que al agente se le podría hacer una exigencia distinta.

De este modo, la culpabilidad es un juicio, porque partiendo del nexo en que el autor y la obra hay que resolver, de acuerdo con la ley, si esa obra puede serle reprochada.

Se le llama normativa porque existe una norma que exige determinada conducta, norma que, dolosamente o por culpa es objeto de violación. La reprochabilidad de la conducta de alguien presupone la obligación de omitir tal conducta, esto es, que hay una norma de deber en virtud de la cual el sujeto ha de motivar jurídicamente. La

culpabilidad normativa descansa en la oposición al deber.

Ahora bien, para que el acto pueda ser reprochable, su omisión debe ser exigible. Si el hacer contrario a la norma provoca un juicio de culpabilidad, esa norma desatendida debe tener un contenido de exigibilidad. ¿Qué es lo que exige? En primer término, su acatamiento a la norma, pero no de un modo absoluto, porque en ciertos casos no se le exige que actúe de otro modo a como lo hizo; no se le exige otra conducta. Para establecer el principio de la exigibilidad, debemos desentrañar primero, el de la exigibilidad de otra conducta conforme al derecho.

La oposición entre sicologismo y normativismo no ha sido atenuada. Sin embargo, se abre campo a una posición convergente, en virtud de la cual debe tenerse en cuenta tanto las cuestiones de hecho psicológica como la de referencia a las norma, pero distinguiendo dos momentos; el de la atribución síquica a un sujeto determinado, capaz para ello, que constituiría la llamada imputabilidad; y el de la culpabilidad en sentido estricto, que seguirá siendo el juicio de valor judicial decisivo.

Fusionada las dos tendencias, la imputabilidad como base

sómica y síquica de la culpabilidad normativa, sin que ni la una ni la otra pierda su relativa autonomía. No cabe culpabilidad sin previa atribución concreta al sujeto mayor de edad penal y síquicamente correcto. En cambio, el imputable puede ser culpable, debido a cosas excluyentes de ese elemento o ausencia de antijuridicidad otro factor que debe establecerse de antemano.

Las dos direcciones admiten que la forma de culpabilidad, son: el dolo y la culpa, por debajo de la culpa queda el caso fortuito. Por encima del dolo, solo es concebible un reconocimiento gravoso del mismo, debido a su mayor extensión o profundidad. Dolo y culpa no son formas o grados sino especies en las que se encauza la culpabilidad y en las que éstas se agotan.

En otros términos, la teoría psicológica estudia la culpabilidad del sujeto y la normativa la culpabilidad en el sujeto. Pero, en esta separación hay evidentes desaciertos, porque tanto la primera concepción como la segunda reflejan los valores definidos por determinada conciencia social. En definitiva trátase de un enjuiciamiento que hace la conciencia social mediante su voluntad reflejada en la norma, sobre conductas estimadas como delictivas o contravencionales. y que por eso se

hace merecedora de una pena. Dicho juicio sobre poderes y deberes humanos es objetivo.

Es incuestionable que perteneciendo el dolo a la realidad interior, su comprobación solo puede hacerse por medio de manifestaciones de conducta que se concreten en hechos subjetivos a través de los cuales se debe hacer una verdadera reconstrucción del proceso de ejecución del ilícito y podrá entonces, también determinarse la existencia del elemento subjetivo de la conducta. El procedimiento es mutatis mutandi el que se hace con la reconstrucción del llamado cuadro de autor labor que debe realizar el juez a efectos de la determinación de la sanción que inconcreto debe imponer al procesado, función en la cual entran factores de diversa naturalidad relativos a la peligrosidad que es factor primordial en la fijación de la sanción.

Es claro que de esta parte, el proceso de reconstrucción del delito a través de sus manifestaciones externas servirá no solamente para la demostración del elemento material u objetivo del ilícito, sino como se dijo, para la demostración del dolo, labor en la cual el examen de los factores externos se vinculará innecesariamente a la conducta que tipifica el delito, de esa forma, las modalidades de tiempo, espacio, lugar, modo, etc., tal

como se ha manifestado en la realidad concreta podrán ser factores de notable valor sintomático del dolo, mirados, desde luego a través de la totalidad del proceso de ejecución del mismo. Es la explicación que en tema de dolo, el intérprete tiene frente a sí el hecho no como realidad, sino como algo que hay que reconstruir.

De nada vale objetar que la voluntad sin conciencia no puede llamarse dolosa, puesto que se responde que en modo alguno la conciencia sin voluntad tampoco podría llamarse dolosa. No se trata pues, de saber si para formar el dolo deben simultáneamente concurrir la voluntad y la conciencia, pues en ello todos estamos de acuerdo. La discrepancia nace al determinar cuál de las dos haya de considerarse como principal y cuál como complemento; cuál de las dos deba, en una palabra, representar la parte sustantiva de la definición del dolo.

Ahora bien, esta función debe atribuirse solamente a aquella parte en la que tuvo impulso la acción que luego se califica de dolo, puesto que semejante impulso proviene de la voluntad, mientras que la conciencia jamás podrá *inaeternum* ser causa de los movimientos; y por tanto la parte sustantiva de la definición del dolo debe provenir del elemento de la voluntad, y no del intelecto.

Esa voluntad, nutrida por el conocimiento y el querer se ha dirigido a la realización de una conducta típica, en cuanto descrita como delito o contravención por una norma legal o antijurídica, en la medida en que mediante ella se vulnera sin derecho al interés jurídicamente tutelado; esta referencia puntualiza, además, que estando el dolo ubicado dentro de la culpabilidad, no se predica sino de aquellas conductas que reúnan las notas de la tipicidad y de la antijuridicidad.

El que una persona oriente de manera consciente su voluntad en dirección de un hecho típico y antijurídico es lo que convierte en reprochable su actitud, puesto que ello significa que debiendo y pudiendo haber actuado diversamente en sentido jurídicamente indiferente decidió hacerlo en forma antijurídica.

Desde el punto de vista estrictamente lógico, el hombre primero piensa y quiere ejecutar un hecho ilícito y después lo concreta en realidad; pero en el plano jurídico, la verificación analítica de la conducta humana como delito, se realiza mediante un proceso inverso. Inicialmente se adecúa al tipo penal, luego se plantea la cuestión de si el actor que obró típica y antijurídicamente, actuó con dolo, culpa o preterintención, esta aclaración es necesaria sobre todo frente a la concepción

Si la voluntad comprende, el resultado de conjunto, entrarían en ella muchos efectos de la acción u omisión que no son realmente queridos, porque solo violentando el lenguaje podrían entrar en el término voluntad un resultado no deseado y hasta desagradable.

La teoría de la voluntad, estrictamente entendida, es insuficiente para explicar todas aquellas hipótesis en que el agente prevé y calcula no solo el resultado antijurídico de su comportamiento sino también de los medios que habrá que utilizar para lograrlo; resulta obvio que en el plano psicológico que no es posible querer sino aquello que nos hemos representado.

Entendemos pues, por dolor, la reprochable actitud de la voluntad dirigida conscientemente a la realización de conducta típica y antijurídica.

Cuando el hombre realiza voluntariamente un hecho es porque se lo representó previamente, así sea mediante una representación mental fugaz de duración, lo halló adecuado a sus posibilidades y quiso entonces llevarlo a cabo; participan pues, en el comportamiento humano las esferas intelectual y volitiva de la personalidad, con procedencia lógica de la primera de ellas, puesto que solo somos capaces de querer lo conocido.

finalista que, como se ha dicho, ubica al dolo dentro del injusto.

El artículo 36 del Nuevo Código Penal señala que: "La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible".

Se advierte que esta noción legal del dolo está edificada sobre los supuestos del conocimiento que el agente debe tener de la naturaleza de su conducta típica, la expresión hecho punible tiene tal alcance y de la voluntad de ejecutarla; aunque la norma se limita a estas dos exigencias, que supondrían ubicarla dentro de la corriente sicologista, consideramos que ha de entenderse como implícita la conciencia que el actor debe tener de la antijuridicidad de su comportamiento y su consecuente reprochabilidad.

En nuestro derecho se supone en todo ser viviente la capacidad penal, es natural que el individuo que fuese causa material de un hecho, sea con presunción iuris tantum, también su causa síquica y que dada la voluntariedad de la causa se presuma de la voluntariedad del efecto. El proceso penal no tiene por objeto forzar a alguien a que se descargue de una acusación, sino

establecer la verdad. Como la presunción es simplemente legal, quedará desvirtuada cada vez que conste que el acusado no actuó dolosamente y este punto al igual que todos los que interesan al esclarecimiento de lo que puede determinar la responsabilidad o irresponsabilidad que emanen de un hecotípico o aparentemente delictuoso, debe ser investigado de oficio por el Tribunal en lo criminal, con todo celo.

La doctrina internacional, de manera casi uniforme, se muestra adversa al fenómeno de la presunción del dolo. Habría que admitir que el autor obró dolosamente por la sola circunstancia de haber realizado el hecho descrito en la ley; los dichos del acusado carecerían de valor para destruir la presunción, porque de otra manera esta carecería en absoluto de sentido, ya que estaría en sus manos el destruirla; y finalmente contraria al principio universal de la presunción de inocencia.

Que el agente haya obrado o no con dolo es algo que surgirá de diversos elementos de juicio, tales como sus antecedentes personales, las manifestaciones precedentes al hecho, los motivos que lo llevaron a delinquir, las circunstancias de modo, tiempo y lugar que acompañaro al comportamiento, los medios utilizados para ejecutar el delito, el estado de ánimo del autor, e incluso su

comportamiento posterior.

En este orden de ideas, el dolo como fenómeno psicológico interno, no es posible probarlo mediante elementos materiales u objetivos, como se prueban los comportamientos externos que dejan vestigios de su existencia en la realidad objetiva y que, por lo mismo, se puede comprobar a través de diversos medios materiales.

De modo que este fenómeno habría que probarlo, la mayoría de las veces, mediante la inducción que se cumple sobre los factores externos que se presenten como indicativos de su existencia.

### 5. LA JUSTIFICACION

Las causas justificativas del hecho punible, tal como las entiende el derecho moderno, han sido objeto de distinta comprensión, y, consecuentemente, de nombres diferentes.

Algunos franceses las estudian como excusas en su doble aspecto de absolutorias y atenuantes. Otros, como entre las discriminatorias ideológicas y entre las circunstancias negativas del delito.

El nombre de estas condiciones es asunto que va más allá de las palabras. Según los términos que se emplean resultan planteamientos incompatibles con su naturaleza o deficientes desde el punto de vista de los principios.

Lo primero que debe rechazarse es la calificación de circunstancias, ya que en las justificantes reside lo jurídico cosa que excede cualquier consideración circunstancial. Quien defiende un derecho, por ejemplo, no solo procede en armonía con el sistema jurídico

general y con las disposiciones especiales, sino que merece el reconocimiento colectivo y una favorable valoración judicial.

Tampoco puede aceptarse la idea de que las de justificación constituyan elementos negativos del delito, porque van más allá de la falta de ilicitud penal, como que tienen la existencia real del derecho. No solo borran el hecho sino que exaltan el resultado a tono con las conveniencias generales.

No son excluyentes de la antijuridicidad, porque la justificación es de carácter activo de modo que tienen mayor entidad que las circunstancias legales en virtud de las cuales se hace a un lado el ilícito legal. Iguales razones acuden para rechazar la equiparación con las causas del no surgimiento del delito, o con las desacriminantes ideológicas, calificación que remite a una esfera puramente intelectual, desconociendo que el derecho es fruto directo de las relaciones sociales.

La idea de excusas absolutorias, entrañan una exención de pena, pero suponiendo que están reunidas las condiciones objetivas y subjetivas de la responsabilidad. El agente ha violado la ley penal y es normalmente culpable. Sin

embargo, por razones especiales limitativamente enumeradas en la ley, se le absuelve de pena. En consecuencia esta noción difiere radicalmente de la justificación, diferencia que tiene sus particularidades en el campo procesal.

### 3.1 ESENCIA DE LAS JUSTIFICANTES

a conducta es justificable no solamente porque desaparece el delito, o uno de sus elementos, sino porque se estima que es jurídica.

No hay en ese acto una eliminación de la imputabilidad, como otros han observado, sino un reconocimiento por la manera como el agente supo acogerse a las garantías que asisten a todos.

Justificar más que tolerar o permitir y mucho más que perdonar. Si los hombres deben someterse al ordenamiento jurídico, abstenerse de violarlo es ya una actitud adecuada. Pero obrar conforme con sus prescripciones es cuestión que favorece el desenvolvimiento de la vida común.

Las justificantes no sólo hay que entenderlas en su esencia porque hay en ellas falta de daño social, sino

porque benefician la legitimidad institucional. En ellas hay que ver una considerable dotación de energía y una comprensión de las normas existentes, lo cual significa una insinuación para que procedan igualmente cuantas personas se ven en peligro de injusta lesión o las que deben afrontar situaciones propias de su posición personal de sus vínculos con los organismos estatales.

No puede suscribirse el concepto de que la acción se justifica porque no contrasta con los intereses de la comunidad. La expresión comunidad pretende sustituir a la de clases sociales, grupos, sectores y otras análogas, que dan idea de algo no compacto ni cerrado. Una comunidad existe cuando el sector están cuajados, sin antagonismos inconciliables, situación ajena a la organización política y económica, actual, allí donde no se ha superado revolucionariamente las desigualdades.

Al respecto Jiménez de Asua conceptúa:

"Pues lo que en ellas desaparece es lo injusto, no solo el delito, sino la injuria en su vasto sentido. No se elimina, pues, una simple característica de delito, sino la esencia de toda acción injusta. Esto tiene una decisiva importancia para la reparación civil. En este sentido es en el que se emplea la palabra justificación:

er su más noble significado, en el de considerar justa la conducta y no simplemente excusada o impune"<sup>1</sup>.

Sistematización de las justificantes, centrándonos en la idea de que antijurídicamente en la conducta que lesiona o pone en peligro intereses importantes o bienes jurídicos de cualquier clase. Se sistematizan las causales en dos grupos de acuerdo con estos principios:

-El de la ausencia de interés

-El de interés preponderante.

El principio enunciado como ausencia de interés da origen a dos causales denominadas de exclusión, término inadecuado porque una cosa es excluir la antijuridicidad y otra declarar que el agente procedió dentro del derecho.

Excluir la antijuridicidad es hacerla a un lado. Las dos causas de exclusión que se fundan en ausencia de interés, son: el consentimiento expreso del ofendido y el consentimiento tácito.

Las causas de exclusión derivadas del interés preponderante son tres: acciones realizadas en virtud de deberes políticos, de educación, profesionales, de obediencia

debida, deberes de corrección, colisión de deberes, todos los cuales se agrupan entre los deberes preponderantes; los actos cumplidos en virtud de una especial justificación, o sea, legítima defensa, estado de necesidad y autoayuda, como fundamentales, pudiendo acordar otros análogos; y la valuación de los bienes jurídicos.

La última causal ofrece dificultades, aunque no sean insuperables. El principio consiguiente nos indica que, según el derecho positivo, debe efectuarse una valuación de los bienes jurídicos con el fin de determinar la exclusión del injusto. Pero, con ello, aún no aparece el problema definitivamente resuelto; es preciso aún hallar el módulo para llevar a cabo la necesaria valoración de los bienes jurídicos, que nosotros, yendo más allá del puro positivismo legal, creemos poder encontrarlo en última instancia en una consideración suprallegal del contenido del injusto.

El artículo 24 del Código de 1936 demeritaba las justificantes porque se limitaba a negar la responsabilidad penal en los casos de justificación del hecho. Pero el artículo 25 recogía abiertamente el sentido exacto de la justificación en el siguiente texto: "El hecho se justifica cuando se comete". Había pues, una diferencia

en el fondo de las disposiciones. Las causales descritas en el artículo 25 comprendían la disposición de la ley, la orden obligatoria de autoridad, la legítima defensa y el estado de necesidad.

El artículo 29 del estatuto actual dice al respecto:

ARTICULO 29. CAUSALES: El hecho se justifica cuando se comete:

-En estricto cumplimiento de un deber legal.

-En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.

-En legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.

-Por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas, cualquiera sea el daño que le ocasione.

Por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual, o inminente, no evitable de otra manera que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

Siguiendo las tendencias propias de la época, el Código de 1890 confundía la justificación con la inculpabilidad, pero solo para el homicidio en legítima defensa, así: Artículo 591. "El homicidio es inculpable absolutamente, cuando se comete en cualquiera de los casos siguientes: en el de la necesidad de ejercer defensa legítima y natural de la propia vida o la de otra persona; contra una agresión injusta en el mismo acto del homicidio, cuando no hay otro medio.

### 3.2 LA JUSTIFICACION SUPRALEGAL

Hay acciones justas, o que comúnmente se tienen por lícitas sin que hagan parte de las descripciones legales sobre justificación. Son conductas no sólo toleradas sino reconocidas como correctas tanto desde el punto de vista normal como desde el de las conveniencias sociales.

En ellas no hay nada indebido. Más bien se consideran necesarias y, en vez de despertar resistencias o conde-

naciones, tienen acogida y provocan solidaridad. Esas acciones comprendidas dentro de los que se denomina la justificación supralegal.

Se justifican a pesar de que están encima de la ley, en el asentamiento colectivo, y en el sistema constitucional. Su fundamento estriba, pues, no en las normas de cultura, sino en algo tan real como las previsiones de la Carta Política.

Algunas conductas lesivas de la seguridad de la industria puede responder a la garantía que el artículo 18 concede a los huelguistas. El hurto famélico es un estado de necesidad, pero también se justifica según la Constitución cuando el agente se encuentra físicamente impedido para trabajar y no tiene el beneficio de la asistencia pública, según el artículo 19.

Las tres situaciones más ampliamente estudiadas de justificación supralegal son:

- El tratamiento médico-quirúrgico
- Las lesiones deportivas
- El consentimiento del ofendido.

Las dos primeras han dejado de tener ese carácter en el

sistema colombiano, pues específicamente figuran en el artículo 29 del estatuto vigente, que corrigió la omisión del Código derogado. Se analizan en el lugar oportuno. El consentimiento del ofendido, o del sujeto pasivo, que figura en el proyecto de 1974, fue excluido al final y debe seguir considerándosele como justificante supralegal.

### 3.3 LAS SIETE CAUSALES DE JUSTIFICACION

-Cumplimiento de un deber: El numeral 1o. del artículo 29 justifica el hecho cuando se comete estricto cumplimiento de un deber legal, separando esta causa del cumplimiento de orden impartida por autoridad competente, con lo cual corrigió la formulación del estatuto de 1936, cuyo numeral 1o. las describía bajo el nombre de disposición de la ley u orden obligatoria de autoridad competente.

-Clases de deberes justificables: Generalmente se aceptan dos clases de actos cuyo cumplimiento se justifica conforme al numeral 1o., aunque su ejecución produzca lesiones jurídicas aparentes: la primera clase está constituida por los actos de servicios, que se llevan a cabo en desarrollo de funciones públicas, como son el allanamiento domiciliario, la requisa de equipajes para los guardas de aduana, la retención de una carta con

dinero efectivo por los empleados del correo, la oposición de la policía a quien va a cometer hechos punibles, los daños causados por la fuerza pública a fin de evitar mayores consecuencias en situaciones calamitosas, así como los provenientes del rechazo de agresiones a las personas y a los derechos de éstas.

La segunda clase es la de actos de los particulares, por el estilo de los ya citados, y la revelación dañosa de circunstancias conocidas por razón del secreto profesional. Comúnmente el testigo enfrenta la necesidad de relatar hechos que afectan la buena fama de una persona o de una colectividad; el perito indaga a veces intimidades difundidas en los debates públicos, produciendo lesiones jurídicas para muchos, pero justificables conforme el numeral 10.

Sin embargo para reconocer la actuación acorde con el derecho es indispensable que el agente se dirija al cumplimiento del deber, sin aprovecharlo para injuriar o calumniar, pues si este es el objeto, la conducta resulta antijurídico.

-Los requisitos de la justificante: la legitimidad. Orden legítima es la que sustancialmente se corresponde con las leyes, la que es genuina, verdadera, cierta. La legi-

timidad se refiere al contenido de la orden y ese contenido ha de ser ilícito, pues si se manda la comisión de un delito, desaparece la obligatoriedad, que necesariamente se funda en la corrección del mandato.

La justificante pudo haber prescindido de esta exigencia expresa, que no traía el Código derogado, pero prefirió incluirla a fin de reafirmar el fondo justo de la intervención.

Además, la legitimidad se refiere también al funcionario encargado de emitirla; ha de estar en el goce de su investidura, dentro de los lineamientos establecidos en la ley para ejercerla, lo cual significa que no es legítima la orden de un funcionario de hecho, espurio o de quien usurpa jurisdicción.

-Legítimo ejercicio de un derecho: Se ha visto que la ley impone deberes, cuyo cumplimiento se justifica. De otro lado, reconoce también derechos y su ejercicio no puede ser antijurídico si se adelanta dentro de las condiciones adecuadas, aunque la situación conlleve ofensas aparentes a los intereses ajenos. Es la esencia de la primera causa de justificación descrita en el numeral 3o.

-Ejercicio legítimo de cargo público: La última parte del

numeral lo. justifica la conducta de quien afecta o pone en peligro intereses jurídicos, cuando procede en ejercicio legítimo de un cargo público. Es una causal que no figura específicamente en el Código derogado y que, como otras de las ya estudiadas, podía verse refundida en la disposición de la ley, con todos los tropiezos inherentes a la vaguedad del enunciado.

El sujeto debe ser un empleado oficial. Y a diferencia de esas justificantes, el funcionario no está compelido a cumplir el deber, ni a obedecer una orden. Se limita a desempeñar funciones adscritas al cargo, que bien puede omitir, como sucede con el agente de la autoridad en caso de flagrancia que deja penetrar en el domicilio del fugitivo, esperando aprehenderlo por medios distintos.

-La legítima defensa: Considerase que la legítima defensa es la más significativa de las justificantes, la justificación por excelencia, la de mayor relieve en la teoría y en la práctica. Es tanta la importancia que algunos autores la vinculan a lo más originario del derecho natural, anterior a toda ley positiva.

Como todas las valoraciones jurídicas, la legítima defensa es obra del hombre, que aparece tardíamente en el desarrollo de la cultura. Fue de las necesidades perso-

nales y colectivas de donde surgió el instituto en sus moldes doctrinarios para presentarlo hoy como notable conquista de la existencia social.

-Requisitos de la defensa legítima: El código de 1936 exigía los siguientes requisitos para la justificante: una violencia actual; injusticia de esa violencia; peligro para un derecho, un bien, o un interés jurídico; necesidad de defender este bien, interés o derecho; correlación o proporcionalidad entre el acto violento y el defensivo.

La necesidad, esto es, el conflicto que pone en peligro cualquier derecho del agredido, o de un tercero, sigue figurando como la condición básica o esencial del instituto, y a pesar de que esa condición aparece como inconfundible, a veces se la refunde en la proporcionalidad de los medios defensivos, cosa no solo inconveniente sino equivocada.

La necesidad es el precedente forzoso de la defensa. En cambio, la proporción no es sino la medida de esa defensa.

-La defensa presuntiva. El segundo párrafo del numeral 4c. del artículo 29 establece una presunción de legítima

defensa en favor de quien rechaza al extraño que intente penetrar o haya penetrado en el domicilio de aquel.

-Cómo se advierte la defensa presuntiva. El Código de 1936 exigía varios requisitos para admitir la legítima defensa presuntiva: una de tiempo, pues el rechazo del intruso podía hacerse de noche o de día, variando la calificación. Otra de lugar, también con variaciones, según que el rechazo se produjera en el momento de romper o escalar las defensas, o cuando ya se encontraba adentro. Otra de modo, según la falta de explicaciones del extraño y la resistencia opuesta por él.

-El exceso en las justificantes: El artículo 27 del Código de 1936 incriminaba la conducta del que al ejecutar un hecho en las circunstancias previstas en el artículo 25, exceda los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad. El vigente describe así la figura:

ARTICULO 30. "Exceso. El que exceda los límites propios de cualquiera de las causas de justificación precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para el hecho punible".

No puede haber exceso si antes no se dan las exigencias de cualquiera de las siete justificantes descritas en el artículo 29, a saber: el cumplimiento de un deber legal, el cumplimiento de orden legítima de autoridad competente; el legítimo ejercicio de un derecho; el legítimo ejercicio de una actividad lícita; el legítimo ejercicio de un cargo público; la legítima defensa y el estado de necesidad.

La condición esencial para que se configure el exceso es la preexistencia de una condición objetiva de justificación; una agresión ilegítima, una situación de necesidad, un deber legal de obediencia, un derecho en ejercicio, según el caso, de modo que el exceso se refiere a los límites de la acción, no a su inicial licitud.

## 4. LA INCULPABILIDAD

Estudiado ya el aspecto positivo de la culpabilidad por medio de los fenómenos del dolo, nos ocuparemos ahora de su aspecto negativo que se conoce con el nombre de inculpabilidad o exculpación, denominaciones referidas al examen de todas aquellas situaciones predicables del comportamiento humano típico y antijurídico cuya característica esencial es la de que eliminan la culpabilidad y por esta vía impiden la estructuración del delito.

### 4.1 CONCEPTOS

Si la culpabilidad es el alma de la infracción, la inculpabilidad es, a la manera de un cuerpo vacío, de un continente sin contenido, de una sustancia no lograda por falta de los ingredientes necesarios en el interior del sujeto.

Suelen tenerse como causales de inculpabilidad el caso fortuito o fuerza mayor, la coacción y el error o ig-

ignorancia.

Estas causales se diferencian claramente de las de justificación en que dejan intacta la antijuridicidad de la conducta para afectar más bien su culpabilidad, y son de naturaleza personal, subjetiva e intransitiva. Cuando surge una causal de justificación el delito desaparece en su objetividad y, por consiguiente, ese no es delito es predicable de todos los que en una u otra forma se conectaron a él en condición de auxiliadores o cómplices; las causales de inculpabilidad, en cambio, siendo de índole personal e intransmisible hacen desaparecer el delito solo respecto de la persona en quien concurren.

#### 4.2 GENERALIDADES

El numeral 2o. del artículo 23 del Código de 1936 excluía la culpabilidad cuando el agente actuaba con plena buena fe determinada por ignorancia invencible, o por error esencial de hecho, y por error esencial de derecho no provenientes de negligencia. La ley vigente eliminó esta causal y la distinción entre error de hecho y de derecho reemplazándola con el error sobre una de las justificantes o sobre los elementos del tipo.

#### 4.3 CARACTERÍSTICAS

La teoría del delito y su desarrollo en las legislaciones modernas se asienta sobre cuatro antítesis que pertenecen a la propia naturaleza de la teoría y que le dan también su particularidad. La acción, es hacer determinante de mutaciones entre los bienes jurídicos protegidos por la norma, tiene su contraste en un no hacer, en una inacción cuyo extremo está representado por las omisiones puras.

Lo mismo sucede con el segundo de los elementos ya examinados; la antijuridicidad, cuya antítesis es la justificación, es decir, la conducta realizada conforme a derecho y por eso no solo excluye la ilicitud penal, sino que provoca el beneplácito común y borra en el agente todo asomo de irregularidad en desempeños delictivos únicamente en apariencias.

La tipicidad, o sea, la precisión de conductas que pueden ser punibles cuando se llenan con la antijuridicidad y la culpabilidad, genera su contrario en la atipicidad, o falta de descripción del hecho en la norma.

#### 4.4 FUNDAMENTOS DEL ESTATUTO

El artículo 23 del estatuto derogado negaba la

responsabilidad cuando el hecho se cometía bajo coacción insuperable o en estado de sugestión inóptica, o patológica, o con plena fe determinada por ignorancia invencible, o por error esencial en derecho o de hecho, no provenientes de negligencias. En lugar de decir, verbigracia, el hecho es inculpable, o la culpabilidad se excluye o no hay lugar a responsabilidad, confundiendo el elemento subjetivo de las infracciones con el conjunto de los elementos, a saber: la acción, la antijuridicidad y la tipicidad y con la consecuencia de este triple aporte.

El artículo 40 asume resueltamente la cuestión en los siguientes términos:

ARTICULO 40. Causales de inculpabilidad: NO es culpable.

-Quien realice la acción u omisión por caso fortuito o fuerza mayor.

-Quien obre bajo insuperable coacción ajena.

-Quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación.

-Quien obre con la convicción errada e invencible de que

no concurre en su acción u omisión algunas de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal.

Si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiera previsto como culposos.

## CONCLUSIONES

Al haber finalizado el presente estudio investigado y analizado minuciosamente, pudimos apreciar lo siguiente:

-Que una determinada costumbre puede crear una causa de inculpabilidad o de justificación no prevista expresamente sin que ello viole el principio nullum crimen sine lege. Principio este que surgió como tutela de la libertad de las personas y como garantía de que solo existe hecho punible cuando ha sido previamente descrito. Compréndese que una nueva justificante o un nuevo motivo de inculpabilidad no solo no ataca esa garantía sino que refuerza al establecer circunstancias que apartan al infractor del imperio punitivo.

Esto es válido especialmente cuando se trata de una costumbre llamada de llenar vacíos legales, forma conocida como praetere legem, pero no puede aceptarse cuando persigue crear el derecho. La costumbre es válida cuando refuerza la norma positiva, más no cuando tiende a destruirla o a cambiar su auténtico significado por un

instituto o una noción diferente.

El señalamiento de la prevención aplicable en la sentencia es lo que se denomina legalidad de las sanciones o de las medidas asegurativas. Estos son principios universales, llamados también de reserva, en virtud de los cuales los hechos punibles solo tienen ese carácter porque el legislador lo quiere. Por lo mismo, no derivan de la moral ni de la costumbre. Esta, en Colombia, vale como criterio de interpretación a fin de hacer más operante la norma. El primer aspecto del principio de reserva se presenta así:

ARTICULO 1o. "Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidos en ella".

EL ARTICULO 2o. tiene su génesis en el art. 1o. y es el que establece la naturaleza de una conducta para que pueda ser sancionada. Art. 2o. "Para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable".

Para conformar el hecho punible, no es suficiente que la acción se tipifica y además antijurídica, si bien reali-

zar la advertencia de la ley represora es ya un indicio de antijuridicidad. Es indispensable que esa conducta se verifiquen culpablemente, esto es, dolo con dolo, culpa o preteintención, normas relacionadas en el art. 35 y definidas en los artículos 36, 37 y 38.

## BIBLIOGRAFIA

- CARRARA, Francesco. Programa de derecho criminal. Bogotá Temis. 1986.
- CUELLO COLON, Eugenio. Derecho penal. Parte general. Barcelona. Boch. 1983. Tomo I.
- ESTRADA VELEZ, Federico. Derecho penal. Parte general. Bogotá Profesional 1985.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de derecho penal 5a. edición, Buenos Aires, Lozada, 1988.
- MAGGIORE, Guissepe. Derecho penal. Bogotá, Editorial ABC 1978. Volumen II.
- ORTEGA TORRES, Jorge. Código Penal. 8a. ed. Bogotá, Temis, 1989.
- PEREZ, Luis Carlos. Derecho penal. Parte general y especial. 2a. edición. Bogotá, Temis, 1987. Tomo I.
- REYES ECHANDIA, Alfonso. La culpabilidad. 3a. edición. Bogotá, 1988.