

LA COSTUMBRE COMO CAUSA CREADORA DE INCULPABILIDAD O  
JUSTIFICACION

MARIA LAURA LAGO FARFAN

MERIN INES LAGO FARFAN

Trabajo de Grado presentado  
como requisito parcial  
para optar al título de  
ABOGADO.

BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1991

DR 0378



6

•  
•

Nota de Aceptación

---

---

---

---

Presidente del Jurado

---

Jurado

---

Jurado

• •  
•

Barranquilla, Junio 10 de 1991.

PERSONAL DIRECTIVO DE LA UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR

RECTOR : DR. JOSE CONSUEGRA H.  
VICERECTOR : DR. EUGENIO BOLÍVAR  
SECRETARIO GENERAL : DR. RAFAEL BOLAÑOS  
DECANO : DR. CARLOS LIANOS SANCHEZ  
DIRECTOR CONSULTORIO JURIDICO: DR. ANTONIO SPIRKO C.

BARRANQUILLA, 1991.

## TABIA DE CONTENIDO

	pág.
0. INTRODUCCION	7
1. INTEGRACION DEI DERECHO PENAL	9
1.1. CONCEPTOS	9
1.2. ANTECEDENTES DEI CODIGO DE 1936	24
1.3. PRINCIPIOS BASICOS DEI CODIGO DE 1936	25
1.4. ANTECEDENTES DEI CODIGO DE 1980	26
1.5. LOS CRITERIOS FUNDAMENTALES DEI CODIGO DE 1980	28
2. LA CUIPABILIDAD	31
2.1. EXTENSION DOGMATICA	34
2.2. LA CUIPABILIDAD Y LA ACCION	36
2.3. EVOIUCION DE LA CUIPABILIDAD	37
3. LA JUSTIFICACION	50
3.1. ESENCIA DE LAS JUSTIFICACIONES	52
3.2. LA JUSTIFICACION SUPRALEGAL	57
3.3. LAS SIETE CAUSALES DE JUSTIFICACION	59
4. LA INCULPABILIDAD	69
4.1. CONCEPTOS	69
4.2. GENERALIDADES	76

4.3. CARACTERISTICAS	77
4.4. FUNDAMENTOS DEI ESTATUTO	78
5. CONCIUSIONES	89
BIBLIOGRAFIA	92

DEDICATORIA

A nuestros padres y hermanos.

## AGRADECIMIENTOS

Las autoras expresan sus agradecimientos:

Al Doctor CARLOS LIANOS, Decano de la Facultad de Derecho

A la Doctora MARIENI ESMERAL, Asesora del presente trabajo.

A los profesores y directivos de la Universidad Simón Bolívar.

A todas aquellas personas que de una u otra forma colaboraron en la realización del presente trabajo.

•       •  
•

## 0. INTRODUCCION

Las definiciones de derecho penal responden a la orientación filosófica de cada autor, y dentro de esta, 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 tiene 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 discutiendo 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 inmunita 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 sus 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, tienen que asistir el enjuiciamiento de toda clase de conductas, así sean delictuosas, contraven- cionales, 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 lo distanció del sistema griego en cuanto este se emancipó del misticismo teológico, creó estos institutos recomendables :

- Las nociones de culpa y dolo, planteadas sobre la base de la intención criminal, lo cual condujo a estimar menos las consecuencias de las faltas que 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 remoto de la jerarquía imperial; y la crueldad, evidenciada en la difusión y perfeccionamiento de los suplicios y penas corporales, entre estas, la de muerte.

Estas tres características: desigualdad, arbitrariedad y crueldad constituyeron una herencia común que no se apartó en ningún tiempo del derecho Español y que tuvo su horroso 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 se integra con antiguas leyes escandinavas danesas, noruegas, suecas, lo mismo que normas germánicas y con las capitulares o 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 cuenta 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 lo 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 de Dios. Hasta muy avanzado el medioevo, las ordalías revistieron la forma del duelo para dirimir las controversias.

Los contendores se transformaban en combatientes, ya directamente, ya por medio de campeones. El juez proclamaba 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 las venganzas 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, perjurio- fueron reprimidos durante mucho tiempo, sucesiva o simultáneamente, por el poder eclesiástico y el poder civil. Otros estuvieron siempre bajo la 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 estaba

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 VII-. Este recoge costumbres germanas, pero restringe el duelo judicial. El carácter vernáculo del derecho español se acentúa con la legislación foral, o sean las disposiciones sobre los privilegios concedidos a las ciudades emancipadas de los moros.

El Fuero Juzgo, el Fuero real -siglo XIII- y las partidas mantuvieron rígidos principios penológicos, 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 del tormento, quitando al castigo el carácter transferible que había mantenido algunas instituciones antiguas; la clasificación del homicidio en 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 desprende 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, y asunto que contrasta con el Fuero Real, sus disposiciones aparecen influídas por el Código de 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 recopilación-. En realidad no se trataba de códigos sino de una heteróclita promiscuidad de normas y prohibiciones morales, civiles y penales, que consagraban penas infamantes y crueles.

Tratando de ordenar el régimen punitivo en las colonias americanas, España reunió las disposiciones dictadas desde 1525, en una Recopilación de las Leyes de los reinos de las Indias, 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 Corona ordenó aplicar concurrentemente con ese estatuto, el Fuero Real, las Partidas, las Ordenanzas reales de Castilla 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 contrariara 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 las ordenanzas 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 en las Indias, se superponen a las bárbaras costumbres 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 tenían un comportamiento deshonesto. El homicida debía morir. Entre los muzos, los parientes de 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 enterrando 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 empalados. Los desertores recibían muerte afrentosa. Se azotaba al ratero, y a la ratera se le cortaba el cabello. Al ladrón de mayor cuantía y al ratero reincidente los cegaban con candela o 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 consejo superior de justicia presidido por el cacique

de Suba.

Algunas tribus subsistentes en territorio colombiano mantienen prácticas primitivas especialmente características entre los indios 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 este, 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 uno 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 le sigue a todas partes. Aunque la familia haya recibido la composición, tiene que auspiciarle 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 aun 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 del 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 la inquisición fue abolido definitivamente por la ley del 3 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 del 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.

Sostúvose que dicho proyecto se modeló 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 trató de los delincuentes como autores, cómplices, auxiliares, encubridores, excusables, así como de agravantes y atenuantes de la penalidad.

El Código incluyó la pena de muerte y trazó formas terroríficas de aplicación. Los delitos políticos originaban la declaración de traición e infamia, sancionables con la pena capital cuando se emplearan las armas.

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

- 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 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

-ley del 11 de junio de 1844-; el aumento de penas 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 homicidio, 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 Rionegro-1863-; inviolabilidad de la vida humana; término máximo de diez años para las penas corporales; libertad absoluta de imprenta, locomoción, industria, instrucción, religión, profesión, 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 ejercicio de sus cargos-; y comunes o privados-los cometidos por particulares contra particulares-.

La pena de presidio no podía exceder de diez años, la de reclusión, de ocho años; la de prisión, de cinco; la de expul

si3n del territorio, de diez; la de confinamiento, de cinco.

Triunfante la regeneraci3n y reunificada la Rep3blica, se pens3 en elaborar nuevos c3digos que respondieran a la pol3tica rea3ccionaria que iba a borrar garant3as humanas decretadas en Rionegro. Entretanto, el art3culo H de las disposiciones transitorias de la Constituci3n de 1886, impuso que mientras el poder legislativo no disponga otra cosa continuar3 rigiendo en cada departamento la legislaci3n del respectivo Estado, y el art3culo J orden3 que se aplicara el C3digo Penal del extinguido Estado de Cundinamarca-1858- para juzgar los delitos de traici3n a la patria, parricidio, asesinato, incendio, asalto en cuadrilla, pirater3a y ciertos delitos militares definidos por las leyes del ej3rcito. Para todos estos se autorizaba la pena de muerte.

Desde 1886 a 1890, en que se expidi3 la ley 19, sobre c3digo 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 art. 29 de la Carta, deb3a regresarse al viejo estatuto cundinamarqu3s, que s3 la reconoc3a.

El c3digo de 1890 reprodujo la rigidez penol3gica del de 1837, de modo que pr3cticamente fue este el que rigi3 has

ta 1938, con modificaciones como 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 el gobierno en 1925, apartándose del de Ferri -1921- pues no convino en el concepto genérico de sanciones, sino en el mixto de penas y medidas de seguridad. También se apartó del Italiano al reconocer causas 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 del de 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 reforma 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, los intoxicados y los menores, como 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 que 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 veinte 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 designara una segunda comisión que revisara los textos proyectados.

El gobierno expidió los decretos 2447 y 2597 de 1974 y 3 de 1976 en virtud de los cuales creó la comisión revisora que, como resultado de su labor, elaboró un segundo proyecto en 1976.

Más tarde, esta comisión introdujo modificaciones de significación a su trabajo y sentado al Congreso el 3 de agosto de este último 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 5 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 esta ley formará parte del expediente.

De acuerdo con el art. 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 constituída 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 num. 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 10 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, sanciones, 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 la pena y de las medidas de seguridad.

Es el primer tópico con tan importantes declaraciones que armonizan con todas sus previsiones y que sirven al intérprete como guía 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 si 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 vigente, 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 objetivo se adscribió a la antijuridicidad, mientras que lo 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 externo y lo interno, de lo objetivo y subjetivo. Todo lo externo -objetivo se asignó a la antijuridicidad, todo lo interno-subjetivo a la culpabilidad; la culpabilidad debía ser la relación del 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 problema ha hecho crisis, y en el cual muchos autores parecen haberse 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 esos 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 este se consagra solamente a la descripción de conductas particu

lares, ya moldeadas; 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 en el ámbito de una mayor especificación de conceptos y métodos, la bipolaridad entre elemento objetivo y subjetivo del delito se ha superado, volviéndose un simple supuesto de hecho de una serie de juicios de valor que nos ha brindado el sistema tripartita 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 la 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 tripartita que se traduce en tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, y a ella se afilia decididamente el Código Penal -art. 2 -.

## 2.1 EXTENSION DOGMATICA

Los artículos 35 a 39 del C.P., demarcan el campo de la culpabilidad al definir las formas 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 las 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 contenida en el artículo 5o exige que la conducta típica y antijurídica sea también culpable a fin de que pueda incriminarse, 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 art. 11, que incriminaba acogiendo el absurdo criterio positivista de la responsabilidad legal, fundada a su vez en la responsabilidad social.

Fueron tardíos los aportes interpretativos para deducir la culpabilidad en la fusión ideal de los arts. 12 y 29 contrariando expresamente el pensamiento de los redactores del código de 1936 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 siquismo, 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 del delito, 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-hecho, acción-; si esa conducta está descrita en el precepto penal, o sea, si es típica; y si es antijurídica porque no se encuentra amparada por una causa de justificación, es ineludible indagar además si es culpable. Los cuatro elementos: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, son los presupuestos de la responsabilidad, y esta, el 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 mantenida 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 superpuso 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.

Contrastando 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 voluntad de realizarlo.

Para que el agente sea culpable desde el punto de vista jurídico penal, tienen 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, aun siendo imputable, no ha podido formar y manifestar su voluntad, libre y normalmente, por violencia, por error u otras causas. Y esto implica: normalidad psicológica, como estado preexistente al delito; 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, ejecutar la 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 mundo contemporáneo: la sicológica 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 sicológico 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 aun 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, pues, dos especies de culpabilidad. Sin embargo, no siempre la consecuencia corresponde a cuanto el agente se propuso, por un exceso de realización, lo cual crea una tercera forma, también psicológica, que unida a las anteriores, se enuncia 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 psicológica. 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 cómo se pueda 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 del autor 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 el agente se le podía hacer una exigencia distinta.

De este modo, la culpabilidad es un juicio, porque partiendo del nexo entre 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, es to es, que hay una norma de deber en virtud de la cual el sujeto ha de motivarse 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 no exigibilidad de otra conducta conforme al derecho.

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

Fusionadas las dos tendencias, la imputabilidad queda como base somática y psíquica de la culpabilidad normativa, sin que ni la una ni la otra pierdan su relativa autonomía. No cabe culpabilidad sin previa atribución concreta al sujeto mayor de edad penal y psíquicamente correcto. En cambio, el imputable puede no ser culpable, debido a causas excluyentes de este elemento o a ausencia de antijuridicidad, otro factor que debe establecerse de antemano.

Las dos direcciones admiten que las formas 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 encausa la culpabilidad y en las que esta se agota.

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 tratase 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 hacen merecedoras de una pena. Dicho juicio sobre poderes y deberes humanos es objetivo.

Es incuestionable que perteneciendo el dolo a la realidad interior, su comprobación sólo 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 in concreto

debe imponer al procesado, función en la cual entran factores de diversa naturaleza 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 necesariamente a la conducta que tipifica el delito. De esa forma, las modalidades de tiempo espacio, lugar, modo, etc., tal como se han 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 una realidad existente, 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 in aeternum 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.

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 podría 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 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 dolo, la reprochable actitud de la voluntad dirigida conscientemente a la realización de conducta típica y antijurídica.

Cuando el hombre realiza voluntariamente un hecho es por que se lo representó previamente-así sea mediante una representación mental de fugaz 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 precedencia lógica de la primera de ellas, puesto que solo somos capaces de querer lo conocido.

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, y antijurídica, en la medida en que mediante ella se vulnera sin derecho el 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 un 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 adecua 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 finalista que, como se ha dicho, ubica el 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 sicolo

gista, 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 fue causa material de un hecho sea, con presunción iuris tantum, también su causa síquica y que dada la voluntariedad de la causa se presuma la voluntariedad del efecto. El proceso penal no tiene por objeto forzar a alguien a que se des cargue 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 hecho típico 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, contraría el 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 acompañaron 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 pueden 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 presentan como indicativos de su existencia.

### 3. 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 desacriminantes 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 empleen 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 asistencia 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

La 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 es 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 vieren 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 y el grupo están cuajados, sin antagonismos inconciliables, situación ajena a la organización política y económica actual, allí donde no se han superado revolucionariamente las desigualdades.

Al respecto Jimenez de Asúa 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: en su más noble significado, en el de considerar justa la conducta, y no simplemente excusada o impune. 1

Sistematización de las justificantes. Centrándonos en la idea de que antijurídica es la conducta que lesiona o pone

---

1 JIMENEZ DE ASUA, Luis. Citado por PEREZ, Luis Carlos. Derecho Penal; Parte General y Especial. Bogotá: Temis, 1981. tomo 1. p. 166.

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 públicos, 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 supralegal del contenido material 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 art. 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:

Artículo 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, y

- 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 sólo 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 la defensa legítima y natural de la propia vida o la de otra persona; contra una agresión injusta en el acto mismo del homicidio, cuando no hay otro medio."

Si la existencia de una causa de justificación determina especiales consideraciones para quien realizó el acto

típico y obliga a suspender el tránsito hacia el juicio de reproche, tampoco queda fundamento para exigirle responsabilidad civil y, consiguientemente, resarcimiento del daño, pues el que obra conforme al derecho queda libre de esta obligación. Lo cual se deduce de la concepción unitaria de la antijuridicidad, y también, de la totalidad del ordenamiento jurídico, separado exclusivamente para atender mejor cada rama mediante especialistas, siguiendo la práctica de la división del trabajo.

El sistema colombiano niega todo reclamo de indemnización originado en la acción justificada. El estatuto procesal así lo declara, aunque no era necesaria ninguna otra norma expresa, pues la prohibición se funda en la índole misma de las justificantes. No puede el juez penal reconocerlas, es decir, precisar que el agente obró de acuerdo con el derecho, y otro juez, el civil pronunciarse en contrario.

### 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 condenaciones, tienen acogida y provocan solidaridad. Esas acciones están comprendidas dentro de lo que se denomina la justificación supralegal.

Se justifican a pesar de que están encima de la ley, en el asentimiento 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 las industrias pueden responder a la garantía que el art. 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 art. 19.

Las tres situaciones más ampliamente estudiadas de justificación supralegal son:

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

Las dos primeras han dejado de tener ese carácter en el sistema colombiano, pues específicamente figuran en el art. 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 art. 29 justifica el hecho cuando se comete en 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 servicio, que se llevan a cabo en desarrollo de funciones públicas, como son el allanamiento domiciliario, la requisa de equipajes por 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 estas.

La segunda clase es la de los 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 lo.

Sin embargo, para reconocer la actuación acorde con el deber 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 anti jurídica.

- Requisitos de la justificante: la legitimidad. Orden legítima es la que sustancialmente se corresponde con las leyes, la que es genuina, verdadera, cierta. La legitimidad se refiere al contenido de la orden y ese contenido ha de

ser lícito, 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 num. 3o.

Se encuentran en esta situación los depositarios del derecho de corrección fundado en las relaciones familiares y aquellos a quienes asisten capacidades legales para imponer medidas de disciplina de ciertas organizaciones priva

das.

- Ejercicio legítimo de cargo público. La última parte del numeral 3o. 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 figuraba 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, no como en los numerales 1o y 2o. que puede ser también particular. Y a diferencia de esas justificantes, el funcionario no está obligado 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 de penetrar en el domicilio del fugitivo, esperando aprehenderlo por medios distintos.

El art. 24 de la Constitución lo faculta, pero no lo obliga a violar el domicilio. Si lo hace, el acto es legítimo, y consecuentemente, justificado. Si no lo hace, puede responder por omisión. Pero carece de atribuciones para emplear la fuerza rompiendo, por ejemplo, puertas, muros, techos, o ventanas. La acción de penetrar, a que se refiere la Carta

y las normas procesales, no implica derecho para forzar cosas o violentar personas, sino la limitada capacidad de introducirse por los conductos normales o por otros que no impliquen destrucción.

- La Legítima Defensa. Considérase 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 personales y colectivas de donde surgió el instituto en sus moldes doctrinarios para presentarlo hoy como una notable conquista de la existencia social.

No es un derecho innato, pero sí es de las garantías que más completo y universal acatamiento han tenido en el desarrollo de la historia.

- 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 ese bien, interés o derecho; correlación o proporcionalidad entre el acto violento y el defensivo.

El estatuto vigente funda la justificante en la necesidad de defender un derecho, concepto ya explicado, y traza estas exigencias para esa situación necesaria: primero, agresión contra un derecho propio o ajeno; segundo, injusticia de la agresión, tercero, actualidad o inminencia del ataque; y cuarto, proporcionalidad entre el ataque y la reacción defensiva.

Deliberadamente se eliminó la exigencia contenida en la frase siempre que no haya habido provocación suficiente por parte del que se defiende, propuesta inicialmente a los redactores del proyecto de 1974, por las muchas perplejidades a que ha dado lugar en otros países el problema de la suficiencia en la provocación y aun el de la provocación misma.

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 equivo



tación, o que ya se ha introducido, si esa actividad es indebida. Se entiende que el autor del rechazo, violento o no violento, es la persona que vive en el lugar, o, como advierte la norma, en su habitación y/o en las dependencias inmediatas de esta.

La presunción fue eliminada en el proyecto de 1974 pero restablecida en el de 1978 con el argumento de que también con ese medio debe combatirse la inseguridad que hoy soportan los colombianos, en caminos, calles y plazas; en los sitios de trabajo y en sus hogares; y a cualquier hora del día o de la noche, pues, el estado de sitio en que hemos vivido desde hace muchos años, en nada ha mejorado el ambiente de zozobra reinante.

- Como 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.

La presunción del párrafo 2o. del numeral 4o. en el estatu

to de 1980 es menos complicada: basta que el extraño intente penetrar o haya penetrado ya en la habitación o en las dependencias inmediatas. El intento no se evidencia con el vago propósito de introducirse, ni en las vacilaciones para hacerlo, sino con la actividad perfectamente materializada de pasar a donde no se debe, reconocida en el vencimiento de obstáculos, en la apertura de un foramen, en la utilización de llaves o dispositivos para lograr el fin propuesto verbigracia.

Respecto del lugar, es preciso que el extraño se dirija a cualquiera de estos : una habitación que no es la suya o las dependencias inmediatas de esa vivienda. La habitación es una casa, un edificio o cualquiera construcción que alberga gente, tratése de sus propietarios o no, pues basta que se encuentre ocupada. Es una vivienda, pobre o rica, estable o improvisada, a que se acogen a quienes han formado hogar legítimo o quienes lo han encontrado extramatrimonialmente. En fin, el sitio donde se ejercen regularmente las necesidades básicas de comer, dormir, estudiar, trabajar, asearse o reunirse con otros.

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

El vigente describe así la figura :

Artículo 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 art. 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 exámen 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 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 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.

Ya hemos dicho que han venido considerándose como causales de inculpabilidad el caso fortuito o fuerza mayor, la coacción y el error o ignorancia; tales fenómenos, excepto el primero, estaban previstos en el artículo 23 del Código Penal de 1936; ahora todos ellos aparecen descritos en el artículo 40 del nuevo estatuto punitivo.

- Caso fortuito o fuerza mayor.

En su primitiva etimología estos fenómenos se predicaban de fuerzas extrañas al hombre que lo dominaban y le impedían actuar de acuerdo con su libre determinación; se les llamaba de diversas maneras, entre ellas, vis naturalis, vis major, vis divina, fatum fatalitas y, en general, como

casus major vis cui resisti non potest.

Al respecto Valencia Zea expresa lo siguiente:

Un acontecimiento extraño a la actividad peligrosa producido desde fuera por fuerzas naturales o por actos de terceras personas, acontecimiento que, según la experiencia humana corriente, es imprevisible y cuyo efecto dañoso no puede evitarse tomando todas las medidas de precaución que racionalmente puede tomar un hombre diligente. 2

Siendo pues, tanto el caso fortuito como la fuerza mayor, fenómenos que generan resultados dañosos respecto de los cuales el hombre no ha tenido el dominio sobre la situación que permita atribuírselos, parece innecesario tratarlos en forma separada.

Lo evidente es que en el ámbito del derecho penal ambas situaciones generan inculpabilidad, dadas la inevitabilidad e irresistibilidad del evento antijurídico ocasionado. Se trata de consecuencias dañosas que el derecho no puede exigir que sean evitadas por quien obra, y cuya concreción está, por tanto, fuera de la culpabilidad.

Este fenómeno, que hasta 1980 fue desarrollado solamente en

---

2

VALENCIA ZEA, Arturo. Citado por REYES ECHANDIA, Alfonso. Culpabilidad. 3 ed., Bogotá : Temis, 1988. pp. 152, 153.

sede doctrinal y jurisprudencial, aparece en el nuevo Código Penal como expresa causal de inculpabilidad; de tal manera que todo lo dicho en precedencia sobre él no solamente mantiene su validez sino que se fortalece con respaldo legislativo, cuyo antecedente inmediato es el anteproyecto de 1974, que lo consagró en su art. 49.

- Coacción.

El numeral 2o. del artículo 40 del nuevo Código Penal señala que no es culpable "Quien obre bajo insuperable coacción ajena".

Entendemos por coacción el constreñimiento que se ejerce sobre una persona para obligarla a adoptar un comportamiento de acción o de omisión que sin tal sometimiento no realizaría.

Implica pues, la coacción el coartar la libertad de otra persona de tal manera que esta, dominada por la fuerza que emana del coaccionador, no está en condiciones de dirigir libremente su voluntad.

La coacción se traduce en violencia actual o en violencia futura; mediante la primera se emplea energía físicamente lesiva para dominar la voluntad ajena; quien se vale de la

segunda, amenaza con utilizar energía físicamente lesiva si la persona no se comporta en la forma indicada por el coaccionador. Por ejemplo: cuando Pedro golpea a Juan hasta lograr que firme un documento que falsea la verdad de los hechos allí indicados, lo ha coaccionado con violencia actual; cuando, en cambio, lo amenaza con secuestrarle a su hija si no suscribe el documento, lo coacciona con violencia futura.

De lo anterior se desprende que los términos coacción y violencia no son sinónimos en el plano jurídico; lo que ocurre más bien es que esta es el instrumento de aquella; la esencia de la coacción-como ya se indicó- es la coartación de la voluntad ajena, a tiempo que el meollo de la violencia radica en la energía físicamente lesiva que se descarga sobre otro.

Ahora bien, la violencia actual puede ser física o síquica, o, como también se le llama, absoluta o relativa. Hay violencia física, absoluta o material, cuando la energía dominante del actor alcanza biológicamente a la víctima, o cuando una fuerza mayor, sometiendo la fuerza orgánica del cuerpo, se sirve de ella como instrumento para realizar un acto dado; tal el caso de quien lesiona con arma contundente a otro hasta obligarlo a realizar la acción u omisión querida por el violentador.

Hay violencia síquica, en cambio, cuando la energía física lesiva del coaccionador se plasma en actos que, coartando la libertad ajena, no se traducen en lesiones corporales, como cuando se priva al ciego del perro que lo guía o se mantiene encerrada en su habitación a una persona, o se la somete durante largo interrogatorio a un haz luminoso sobre la vista.

Llamamos a la amenaza violencia futura en razón de que ella consiste precisamente en el anuncio que se hace al amenazado de una violencia que podrá ser material o moral que habrá de caer sobre él en un momento posterior; la amenaza en sí misma, no implica perjuicio físico para la víctima; es más bien una intimidación que muestra el mal futuro que sobrevendrá si la persona a quien se dirige no se somete a la voluntad del coaccionador; la amenaza no es un mal físicamente perceptible y actúa por la vía mediata del intelecto en cuanto se traduce en la representación mental de una violencia posterior.

Ahora, por qué la coacción es causal de inculpabilidad?

La conducta realizada bajo coacción no genera responsabilidad penal, pero distinguen entre violencia propiamente dicha y amenaza para señalar que cuando se da la primera de ellas la causa de la irresponsabilidad es la falta de

imputación física del hecho al agente, y cuando se presenta la segunda, tal causa es la ausencia de culpabilidad.

Como quiera que el coaccionado físicamente no tiene una conducta propia, pues sus facultades de actuar han sido suprimidas, no pasando de ser un mero títere a merced del coaccionador, resulta ocioso hablar de exclusión de la culpabilidad, pues para evidenciar su impunidad basta decir que el evento no puede serle imputado físicamente. En cambio, cuando de fuerza moral se trata, sí puede hablar se de una causa de inculpabilidad, porque en este caso el coaccionado actuó con voluntad, solo que esa voluntad, no siendo libre, deja de ser censurable y, por tanto, culpable.

- Error e ignorancia.

Generalidades. Las anomalías del juicio sobre un objeto dado pueden derivar de la falta absoluta de conocimiento, de conocimiento incompleto o de conocimiento falso; los dos primeros casos constituyen problemas de carácter cuantitativo, a tiempo que el último es de índole cualitativa.

Para designar tales fenómenos suele hablarse de ignorancia y de error, como falta absoluta de toda representación y consiste en una completa ausencia de noción sobre el objeto, a tiempo que el error es una idea falsa, una equivocada

representación del objeto.

Desde el punto de vista empírico el error es un estado intelectual en el cual un objeto del mundo real no es conocido tal como es, sino de una manera inexacta, en tanto que la ignorancia supone defecto cognoscitivo o absoluta falta de conocimiento; en tales condiciones la ignorancia tiene carácter negativo, mientras que el error presenta un quid de positivo en cuanto implica un cierto convencimiento.

El error es la discordancia debida a causas objetivas o subjetivas-entre la realidad del campo geográfico y la configuración que de él hace el sujeto en su campo conductal, en tanto que ignorancia es la total ausencia de determinado aspecto del campo geográfico en el campo conductal del individuo.

#### 4.2 GENERALIDADES

El numeral 2o del art. 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, o por error esencial de derecho no provenientes de negligencia. La ley vigente eliminó esta causal y la clásica distinción entre error de hecho y error de derecho, reemplazándola con el error sobre una de las justificantes

o sobre los elementos del tipo.

#### 4.3 CARACTERISTICAS

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, ese 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 al derecho, y que 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 apariencia.

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 faltas 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 hipnótica o patológica, o con plena buena fe determinada por ignorancia invencible, o por error esencial de hecho o de derecho, no provenientes de negligencia. 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 :

Artículo 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 y
- Quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna 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 hubiere previsto como culposo

Así se cumplen estas exigencias doctrinarias de probado valor ecuménico. Las causas dotadas del poder de excluir la culpabilidad no están determinadas arbitrariamente: derivan de la naturaleza de aquella. Si la culpabilidad es concebida como una realidad subjetiva consistente en una actitud de menosprecio puesta de manifiesto mediante la ejecución libre de algo que se sabe criminal, aquella no existirá cuando experimente alteración alguno de los componentes de los cuales aquella actitud resulta: esto es, cuando no exista el conocimiento de la criminalidad del acto, o no se haya procedido con libertad.

Como quiera que la culpabilidad supone conciencia real, o al menos potencial de la ilicitud de la propia conducta y de su resultado—cuando este sea típicamente exigido— y capacidad de autodeterminación, no actuará culpablemente la persona de quien estas exigencias no puedan predicarse.

Por manera que cuando alguien cree erróneamente que vulnera lícitamente un interés jurídico ajeno; o cuando, también erradamente, supone que ha sido anulada su capacidad de determinación, habrá incurrido en error sobre la culpabilidad que, de reconocerse insuperable, impediría deducción de responsabilidad penal.

responsabilidad penal.

Tres especies de esta clase de error nos parecen jurídicamente posibles. La primera es aquella que recae sobre la existencia misma de una causal de inculpabilidad, como cuando un sujeto mata a su enemigo por miedo invencible de que pueda ser ultimado por este, y en la creencia que al actuar de esa manera no delinque.

La segunda forma de esta clase de error versa sobre la interpretación de un requisito necesario para el reconocimiento de una causal de inculpabilidad legalmente prevista; tal sería el caso de quien, víctima de una coacción ajena para que realice comportamiento delictivo se pliega a la voluntad del coaccionador porque cree de buena fe que la insuperabilidad se predica de toda intimidación, cuando la verdad es que hubiera podido sustraerse a ella sin necesidad de ejecutar el hecho punible a que pretendía compelerlo el coaccionador; hubo, pues, un error sobre el alcance de aquel requisito, predicado de la coacción.

La tercera modalidad posible de esta forma de error es la que recae sobre un hecho que de haber existido realmente haría inculpable la conducta del actor, como en la hipótesis de quien, amenazado por un revólver de juguete, o verdadero pero sin proyectiles, para que sustraiga cosa ajena o

realice cualquier otro hecho punible, lo hace con la convicción de que su vida está realmente en peligro, si no se dobla a la voluntad del supuesto coaccionador.

- El error en el Código Penal de 1980. El nuevo estatuto punitivo abandona la tradicional bipartición hecho-derecho para acoger la moderna distinción que veníamos prohiendo entre error sobre el tipo y error sobre la antijuridicidad

- Error sobre el tipo. Como quiera que ya hemos explicado doctrinalmente sus orígenes, características, alcances, y diferencias con el de hecho y de derecho, veamos ahora cómo ha sido plasmado en la nueva legislación.

su artículo 40 señala que no es culpable: "quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal".

La plena buena fe que tenía referencia al código anterior se transforma en el nuevo estatuto en una convicción errada, es decir, en un honesto pero convencimiento que el agente tiene de la atipicidad penal de su comportamiento, cuando la verdad es que él se acomoda a una descripción típica.

Sobre la invencibilidad o insuperabilidad de tal error son válidas las consideraciones que hicimos ya respecto del código anterior; en este orden de ideas, recordemos que es invencible el error cuando quien lo sufre no estaba en condiciones de evitarlo ni superarlo.

El error a que se refiere la norma que estamos comentando comprende aquel que versa sobre uno cualquiera de los elementos integradores del tipo y el que recae sobre su propia existencia; el primero comprende no solo la creencia equivocada de que la propia conducta no recoge alguna característica esencial del tipo, sino el llamado error de interpretación o valoración sobre algún ingrediente normativo del tipo, o sobre este en su conjunto, pues que en tales hipótesis el agente tiene igualmente la convicción equivocada de la atipicidad de su conducta de acción o de omisión.

En cuanto al error sobre la existencia del tipo faltó mayor claridad en su redacción, suscita equívocos; no obstante consideramos que esta especie de error es causal de inculpabilidad en la nueva legislación penal cuando se haya demostrado su invencibilidad, por las siguientes razones :

- Porque la suposición del conocimiento de la ley penal

por sus destinatarios no es si siquiera una presunción, si no una ficción en cuanto da por supuesto que en el futuro un hecho, situación o fenómeno se presentará de cierta manera o generará determinados resultados, a pesar de que en el pasado se comportó de manera diversa o produjo resultados distintos; y entre nosotros la experiencia ha demostrado que la ley en general, y la penal en particular, no han sido conocidas; en todo caso no lo son hoy, y nada permite concluir que lo sean en el futuro por la totalidad de sus destinatarios: el número cada vez más amplio de estos, su dispersión geográfica, las dificultades de comunicación, el analfabetismo no erradicado, el creciente volumen de normas punitivas, la simultánea existencia de disposiciones contradictorias o reiterativas que crean serias dudas sobre su vigencia, son las causas más comunes de esta realidad social; el derecho penal, más que cualquiera otra área del conocimiento jurídico, ha de alejarse de la ficción y nutrirse de lo real y cotidiano, porque sus efectos jurídicos vulneran derechos sustanciales de la persona.

- Porque las razones de política criminal que se esgrimen para defender la ficción del conocimiento de la ley penal y que se reducen al temor a la impunidad, resultan demasiado ambiguas e irreales y caen bajo el peso de las injusticias que generan.

- Porque el escollo fundamental que pretendió superar la nueva concepción del error fue el del juicio de culpabilidad frente a la ignorantia legis, fue así como por la vía del error sobre el tipo se llegó a la aceptación legal de inculpabilidad para el agente que actuaba en la convicción insuperable de que su conducta no configuraba ilicitud penal.

- Porque dentro de un derecho penal culpabilista, solo es posible deducir responsabilidad con efectos punitivos respecto de quien ha tenido conciencia de la antijuridicidad de su conducta, y no puede tenerla aquella persona que desconoce, por ignorancia invencible, que su comportamiento estaba descrito en la ley como hecho punible; atinadamente a este respecto no puede hablarse de una culpabilidad abstracta, como que la doctrina siempre la ha referido en su aspecto cognoscitivo al conocimiento de la antijuridicidad; la culpabilidad concebida como reproche que surge cuando le era exigible al autor un comportamiento conforme a derecho, solo es posible cuando en la conciencia del destinatario de la norma, existe el conocimiento del deber prescrito por la misma.

- Porque sería contradictorio y, desde luego, injusto, que se declare inculpable a quien actúe con error invencible respecto de uno cualquiera de los elementos del tipo y a

quien realice el hecho punible con la convicción errada e insuperable de que está amparado por una causal de justificación y, al propio tiempo, se le deduzca responsabilidad penal-que sería de naturaleza objetiva- a quien ejecute materialmente una conducta descrita en la ley como delito o contravención, ignorando su típica ilicitud por invencible desconocimiento de su existencia jurídica.

- Porque a pesar de que el art. 10 reitera en su primera parte el viejo y ya criticado aforismo según el cual la ignorancia de la ley penal no sirve de excusa, allí mismo se reconocen las excepciones consignadas en ella, y el artículo 40 en el numeral que comentamos constituye precisamente una de aquellas excepciones y

- Porque al eliminarse la específica referencia que el Código Penal anterior hacía a la ignorancia en materia contravencional, ha de suponerse que quiso el nuevo estatuto extenderla como fuente de inculpabilidad a los tipos delictivos. De lo contrario habría de llegarse a la ilógica conclusión de que el Código Penal de 1980 niega valor de inculpabilidad aun a la ignorancia de normas contravencionales.

Quien actúa en estas condiciones-error invencible sobre el tipo- no es penalmente responsable por falta de culpabili

dad en sus formas dolosa o culposa; la inculpabilidad de su comportamiento por ausencia de dolo surge de la consideración de que el error sobre uno cualquiera de los elementos del hecho punible impide al actor el adecuado y recto conocimiento de la tipicidad de la propia conducta, o lo que es igual, del aspecto cognoscitivo de aquella forma de culpabilidad; y la inculpabilidad por falta de culpa emerge de que actuó con el deber de cuidado que le era exigible conforme a sus condiciones personales y a las circunstancias en que su comportamiento se desarrolló; en uno y otros casos, su conducta no es jurídicamente reprochable.

- Error sobre la antijuridicidad. Esta modalidad del error inculpable está así descrita en el numeral 3o. del art. 40 de la nueva codificación: "No es culpable quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación".

Caben aquí las tres formas de error sobre la antijuridicidad explicadas en precedencia, vale decir, el error sobre la existencia de una causal de justificación que no está legalmente regulada, el que versa sobre la interpretación de un requisito legalmente exigido para el reconocimiento de una justificante, y el que se refiere a la presencia de un hecho que de haber existido en el caso concreto habría justificado la conducta. En todas estas hipótesis el

agente creyó que actuaba justificadamente.

La persona que incurre en esta clase de error no es penalmente responsable por falta de culpabilidad; en efecto, no se le puede reprochar su conducta a título de dolo porque falta en ella la conciencia de la ilicitud de su acción u omisión, sin la cual aquel fenómeno no se estructura, como ya se explicó, ni tampoco le cabe reproche a título de culpa porque actuó con el deber de cuidado que le era social y jurídicamente exigible en el caso concreto.

- El error vencible. Señala el inciso final del art. 40 del nuevo Código Penal que "Si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo".

El error culposo a que se refiere el legislador-que no debe confundirse con la culpabilidad culposa- es aquel que el actor habría podido superar si hubiese actuado con la diligencia y cuidado que le eran social y jurídicamente exigibles en la situación concreta; en otras palabras, es un error en el que ha incurrido por negligencia o imprudencia, por descuido o desatención y del que, por lo mismo, ha de responder.

Pero esta clase de error solamente genera responsabilidad

penal cuando, influido por él, el agente realiza comportamiento típico y antijurídico para el cual la propia ley consagre la forma culposa de la culpabilidad.

## 5. CONCLUSIONES

Al haber finalizado el presente estudio investigativo 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 la refuerza al establecer circunstancias que apartan al infractor del imperio punitivo.

Esto es válido especialmente cuando se trata de una costumbre llamada a llenar vacíos legales, forma conocida como praeter 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:

Art.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 art. 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 sea típica y además antijurídica, si bien realizar la advertencia de la ley represora es ya un indicio de antijuridicidad. Es indispensable que esa conducta se verifi

que culpablemente, esto es, con dolo, culpa o preterintención, formas relacionadas en el artículo 35 y definidas en los artículos 36, 37 y 38.

## BIBLIOGRAFIA

- CARRARA, Francesco. Programa de derecho criminal. s.t. Bogotá. Temis. 1987.
- CUELLO CALON, Eugenio. Derecho penal. Parte general. Barcelona: Bosch, 1983. Tomo I.
- ESTRADA VELEZ, Federico. Derecho penal. Parte general. Bogotá. Profesional, 1985.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de derecho penal. 5 ed. Buenos Aires. Lozada, 1988.
- MAGGIORE, Giuseppe. Derecho penal. s.t. Bogotá. A.B.C. 1978. Volumen 2.
- ORTEGA TORRES, Jorge. Código penal. 8 ed. Bogotá. Temis. 1989.
- \_\_\_\_\_ Código de procedimiento penal. 7 ed. Bogotá. Temis, 1988.
- PEREZ, Luis Carlos. Derecho penal. Parte general y especial 2ª ed. Bogotá. Temis, 1987. tomo 1.
- REYES ECHANDIA, Alfonso. la culpabilidad. 3 ed. Bogotá. Temis, 1988.

LA COSTUMBRE COMO CAUSA CREADORA DE INCULPABILIDAD O  
JUSTIFICACION

MARIA LAURA LAGO FARFAN

MERI INES LAGO FARFAN

Anteproyecto de grado  
presentado como requisito  
parcial para optar  
al título de ABOGADO.

BARRANQUILLA  
UNIVERSIDAD SIMON BOIVAR  
FACULTAD DE DERECHO

1991

## TABLA DE CONTENIDO

	Pág
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
2. JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL TEMA	2
3. OBJETIVOS DEL TRABAJO	3
3.1. OBJETIVO GENERAL	3
3.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS	3
4. DURACION DE LA INVESTIGACION	3
5. BIBLIOGRAFIAS	4
6. HIPOTESIS	4
7. OPERACIONALIZACION DE VARIABLES	4
8. MARCO TEORICO	5
9. TECNICAS	8
10. PRESENTACION DEL TRABAJO	8
11. METODOLOGIA	8
11.1. METODO	9
BIBLIOGRAFIA	10

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Los artículos 35 y 39 del Código Penal demarcan el campo de la culpabilidad al definir la forma en que se presenta éste elemento básico del hecho punible. Tales formas son: siguiendo la orientación más común, el dolo, la culpa y la preterintención, a través de las cuales se reconoce.

El problema que planteamos en nuestra investigación tiene que ver con las causales de inculpabilidad, en cuanto si la costumbre puede crear una causa de inculpabilidad o de justificación no prevista expresamente, sin entrar a violar el principio nullum crimen sine lege.

El principio anterior como sabemos es un principio garantista de la libertad de las personas.

La costumbre praeter Legem, es la costumbre que entra a llenar vacíos legales, esto sería válido porque sabemos que la costumbre no puede aceptarse cuando tiende a destruir la norma o cambiar su significado.

## 2. JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL TEMA

Nuestro objeto de investigación intenta responder varios interrogantes, entre los cuales mencionaremos:

La norma positiva puede ser reforzada por la costumbre?

Que valor tiene cuando se utiliza como causal de justificación?

Aparta al infractor del imperio punitivo?.

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.

Es por ello que nos proponemos investigar la validez de que una determinada costumbre pueda crear una causal de inculpatibilidad o de justificación no prevista expresamente.

### 3. OBJETIVOS DEL TRABAJO

#### 3.1. OBJETIVO GENERAL

Analizar, interpretar y explicar los derechos que tiene los hombres aún cuando se hallen sometidos a un proceso penal.

#### 3.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS

Fijar criterios jurídicos sobre la admisibilidad de la costumbre como causal de inculpabilidad, todo ello con acopio de doctrina y derecho comparado.

Demostrar que la costumbre como causal de la inculpabilidad no viola los principios que tutelan la libertad del hombre.

### 4. DURACION DE LA INVESTIGACION

La presente investigación comienza en el mes de Julio de 1990, fecha señalada por la Universidad de acuerdo a los requisitos exigidos por el Departamento de Investigaciones.

## 5. BIBLIOGRAFICAS

Utilizaremos la bibliografía existente que señalamos al final, la cual hemos considerado puede brindarnos muchas luces para el desarrollo del tema investigado, así mismo la poca jurisprudencia y doctrina existente.

## 6. HIPOTESIS

La costumbre puede surgir como tutela de la libertad de los hombres.

- Variante Independiente. La costumbre puede surgir.
- Variante Dependiente. Como tutela de la libertad de los hombres.

## 7. OPERACIONALIZACION DE VARIABLES

Independiente. La costumbre puede surgir

X1: Para llenar vacíos legales

X2: Para garantizar la libertad de las personas.

Dependiente: Como tutela de la libertad de los hombres.

Y1: La administración debe propender por el mantenimiento de una orden.

Y2: La proscripción de una justicia absoluta está contemplada en los pactos internacionales.

## 8. MARCO TEORICO

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 del 22 de marzo de 1972, mediante el cual constituyó una comisión redactora de un Código Penal distinto del vigente de 1983.

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 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 el gobierno designar a una segunda comisión que revisa los textos anteriores. Así fue como el gobierno expide varios decretos en virtud de los cuales crea la comisión revisora que como resultado elabora el segundo proyecto en 1976.

El tercer proyecto, es decir el de 1978 no cursó en el Congreso, pues éste prefirió otorgar facultades extraordinarias al Gobierno y expidió la ley 5° de 1979, en la cual constaba las autorizaciones para expedir y poner en vigencia un nuevo Código Penal.

De acuerdo con el artículo 2° 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 dos anteriores comisiones redactoras, ésta comisión o sea la tercera constituida en 1972, culminó su trabajo en diciembre de 1979 y fué así como el gobierno expidió el nuevo Código Penal mediante el decreto número 100 de 1980. El cual rige desde el 29 de enero de 1981.

Criterios fundamentales del Código de 1980. Cambiando básicamente la orientación del estatuto de 1936, vigente desde el 1° 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, sanciones, por lo que el sujeto, era por sus condiciones personales, su forma de vida y su situación en los grupos

sociales, el nuevo código 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 la dosimetría de la pena.

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 la pena y medidas de seguridad.

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.

El código no se adscribe a ninguna tendencia penal, como si lo hizo el de 1936, de innegable información positivista, con todo lo que ésta pseudo-ideología 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 vigente, y desde luego, las características de la sociedad colombiana a las cuales se aplicará las nuevas disposiciones legales.

## 9. TECNICAS

Las fuentes de información las obtendremos de libros, folletos, tesis de grado, revistas, publicaciones, documentos facilitados por tratadistas y estudiosos del derecho, jurisprudencia y todo aquello que nos pueda servir para esta investigación.

## 10. PRESENTACION DEL TRABAJO

Para la presentación del trabajo tendremos cuidado en aplicar las normas colombianas sobre documentación y presentación de tesis de grado, pues éste paquete contiene las normas para la presentación de grado (Norma 1486 ).

## 11. METODOLOGIA

En el desarrollo de nuestra investigación recurriremos

al estudio histórico, el cual nos permite en parte determinar las causales de inculpabilidad.

#### 11.1. METODO

Escogimos el método inductivo que va de lo particular a lo general con el fin de realizar un estudio minucioso para exponer nuestro criterio sobre el trabajo.

## BIBLIOGRAFIA

CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. S.T.  
Bogotá, Temis, 1987.

CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Parte General. Bar  
celona: Boch, 1983, Tomo I.

ESTRADA VELEZ, Federico. Derecho Penal. Parte General.  
Bogotá: Profesional, 1985.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal. 5 ed.  
Buenos Aires: Lozada, 1988.

MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. s.t. Bogotá, ABC. 1978.  
Volumen 2.

ORTEGA TORRES, Jorge. Código Penal. 8 ed. Bogotá: Temis,  
1989.

\_\_\_\_\_. Código de Procedimiento Penal. 7 ed. Bogotá,  
Temis, 1987.

PEREZ, Luis Carlos. Derecho Penal. Parte General y especial  
2 ed. Bogotá: Temis, 1987. Tomo 1.

REYES ECHANDIA, Alfonso. La culpabilidad. 3 ed. Bogotá,  
Temis, 1988.