

4034453

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

DR 2
#0911

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

Barranquilla, Noviembre 6 de 1986

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
ATT: DR. CARLOS LLANOS, Decano
FACULTAD DE DERECHO
E. S. D.

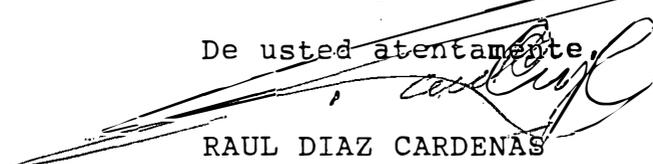
Estimado doctor:

De acuerdo a la labor que usted me ha encomendado de dirigir la elaboración del proyecto de la Monografía titulado "La Doctrina de la Acción en la Estructura del Hecho Punible", preparado por la egresada Srta., ISABEL MARIA MARCHENA DAVILA.

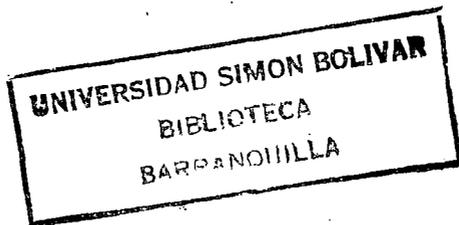
Me permito manifestarle lo siguiente: La señorita Isabel María Marchena Dávila, inicia su estudio a partir de la Evolución Histórica del Derecho Penal, su origen y desarrollo y cómo el avance de las ciencias sociales se han aplicado a las diferentes ramas auxiliares, analiza la estructura del delito en las diferentes escuelas como la clásica y positiva; él es quema clásico, Neoclásico y Finalista; la culpa como forma de la culpabilidad sigue el desplazamiento del dolo hacia el injusto típico, la clasificación del hecho punible, tiempo, nexos, formas, análisis dogmático de la estructura de la acción hasta llegar a sus conclusiones.

El Proyecto ha cumplido todos los requisitos exigidos por la Universidad Simón Bolívar para optar el Título en Derecho, por lo tanto cuenta con mi aprobación.

De usted atentamente,



RAUL DIAZ CARDENAS



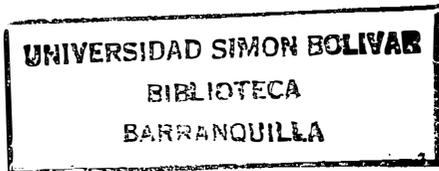
LA DOCTRINA DE LA ACCION EN LA ESTRUCTURA DEL
HECHO PUNIBLE

ISABEL MARIA MARCHENA DAVILA

Trabajo de grado presentado
como requisito parcial para
optar el título de Abogado.

Director Dr. RAUL DIAZ

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO
BARRANQUILLA NOVIEMBRE 1986



NOTA DE ACEPTACION

Presidente del Jurado

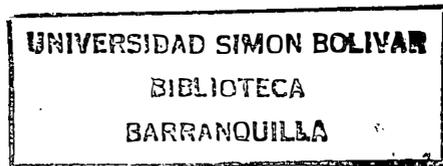
Jurado

Jurado

Barranquilla, Noviembre de 1986

DEDICATORIA

Dedico este primer fruto de mi inteligencia a mis padres y compañeros de oficina quienes con su estímulo hicieron posible el logro de mis aspiraciones que hoy me hace una profesional del Derecho.



AGRADECIMIENTOS

Al Doctor RAUL DIAZ, Director de la Tesis.

A la UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR, quien me albergó en su seno semillero de las nuevas generaciones para una sociedad justa y equitativa.

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

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. EL PROBLEMA

La doctrina de la acción en la estructura del hecho punible.

1.2. DESCRIPCION DEL PROBLEMA

La idea de los principios rectores del Código Penal surgió de la necesidad de ampliar la base del principio de reserva delimitado en las tres formas conocidas de garantías basadas en el principio de la legalidad, el de la irretroactividad de la ley y por último de la igualdad de las personas ante ellas.

La contrariedad naturalista existente entre la acción y la omisión, ha sido expuesta a través de toda la elaboración teórica del hecho punible, en primer lugar la necesidad de encontrar un enlace superior entre la acción y la omisión basada en la visible antítesis del hacer y no hacer que indudablemente desde el punto de la relación causal naturalista y de la naturaleza jurídica de la omisión, el hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión, el hecho punible se considera realizado en el momento de la acción o de la omisión aún cuando sea otro el resultado, de aquí se establece que el resultado de la acción o de la omisión no es el delito, porque se considera realizado en forma ficticia en el momento de la acción o de la omisión, descartándose que la resultante vaya implícita a la acción

puesto que el agregado aún cuando sea otro el del resultado excluye esta posibilidad. la ley establece a favor de un derecho penal de acción, puesto que en la realidad natural no se puede hacer esta separación abstracta.

El nexos es pues jurídico porque la condena como base del juicio de responsabilidad, es sobre la conducta típica antijurídica y culpable, que son integrantes del hecho punible.

Cuando el código establece que nadie podrá ser condenado por un hecho punible si el resultado del cual depende la existencia de este, no es consecuencia de su acción u omisión cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo.

El deber Jurídico es una noción que no dá lugar a equivocación quedando por fuera aquellos deberes que no están en el marco de la orientación física que puede dar lugar a un resultado que el agente no está obligado a impedir.

Nuestro Código acoge el criterio del comienzo de los actos ejecutivos con la exigencia de que el que iniciare la ejecución dejando por fuera la punibilidad de los actos preparatorios como garantía política automática, puesto

que estos no llevan en sí la potencial idoneidad ni la inequívocidad para poner en peligro el bien jurídico tutelado.

La Ley caracteriza la tentativa como el hecho de ejecución una determinación dirigida a cometer un delito como consecuencia de esto es que la tentativa solo puede determinarse desde el punto de vista de la voluntad de la gente es decir solo subjetivamente.

La acción tiene que estar revestida del juicio de idoneidad e irregularidad para que no sea punible la tentativa.

2. DISEÑO DE ESTUDIO

2.1. JUSTIFICACION

La función primitiva ha sido a través de la evolución histórica una constante en la defensa y preservación de las sociedades humanas, que evolucionaron hasta la moderna sociedad establecida en el núcleo de la familia y de la protección de sus componentes, para abolir el derecho a la venganza como función garantizadora del estado de derecho.

El surgimiento y el avance de la familia patriarcal aparecida en el periodo donde aún no se habían afianzado las concepciones originarias del estado, constituyen el origen de la elaboración conceptual del derecho penal con una visión burdamente equitativa, hasta una concepción humanista y defensiva de los derechos naturales del hombre y el respeto por la dignidad humana.

Desde los tiempos del derecho primitivo, la idea del castigo por los hechos contrarios al grupo de personas establecidas en el régimen de la familia patriarcal.

Es de advertir que en todos los tiempos y en todas las sociedades humanas sin excepción alguna, ha habido quienes se arrojan al derecho de reprimir determinados actos en nom

bre del interés individual y del interés colectivo, claramente presente en su espíritu o sentidos en forma confusa bajo la impulsión del instinto y ha habido a la vez una conciencia común que reflexiva o irreflexivamente ha hecho posible el establecimiento de las sanciones, las ha aprobado y ha buscado la manera de darles un aspecto de legitimidad.

La llegada del cristianismo como cuerpo de doctrinas al contexto jurídico penal, marca una etapa de oscurantismo originada en la preponderancia de las categorías teológicas alejadas del análisis sociológico e institucional de la estructura feudal.

La época moderna aportó grandes elementos una vez disipadas las nubes del Escolasticismo y enraizó la idea renovadora del derecho natural como un derecho existente más allá del derecho positivo y anterior a la misma creación del hombre.

Sobre la base de la utilidad social puede decirse que la teoría sobre el fundamento de la pena se divide en absoluta, relativa y mixta.

La conducta humana atravieza esta evaluación común a través de la permanencia de la conciencia atávica en el inconsciente, fuente de los impulsos primitivos que afloran

ante la falta de las dimensiones espirituales y materiales de una sociedad que controla las explosiones del intestino, con el ordenamiento jurídico penal contra las acciones socialmente perjudicadas para su propia estabilidad, fundamentada en los derechos y deberes de cada ciudadano.

La edificación del Derecho penal Liberal parte de las ideas reinantes propias del siglo de las luces de la posición contractualista en la formación del concepto de estado y de las concepciones del derecho natural, que concedida la necesidad de delimitar las arbitrariedades del estado absoluto feudal, estos derechos naturales inician la gran entrada de la humanización del Derecho penal en su desarrollo ulterior.

2.2. OBJETIVOS

2.2.1 OBJETIVOS GENERALES

La Escuela Clásica había transformado el derecho penal en una abstracción inaccesible con su trasfondo del derecho natural lógico racionalista separados por un abismo de las causas que determinan el factor criminogeno en el delito, circunstancias que les impidió una formulación de los medios eficaces para combatirlo. Sobre esta base de ineficacia que la filosofía racionalista había

inundado el Derecho penal, surge una corriente de pensamiento empírico naturalista que aparte del hecho fáctico para tratar de llegar a los presupuestos causales, esta escuela fué la denominada positivista.

Sobre el fundamento de la responsabilidad social la pena no podía tener como fin sino la defensa de ella misma abrogándose el derecho de sangre de su seno al hombre cuando se tornase peligroso para los asociados.

2.2.2. OBJETIVO ESPECIFICO

La Dogmática Jurídica puede definirse como el estudio de la legislación penal vigente, este objeto de estudio metodológico es determinado por la unificación de principios generales que informan dicha legislación, es una forma jurídica científica siendo el instrumento unificador la alta fase sistemática de la jurisprudencia de los valores.

En la evolución general de la dogmática jurídica todas las construcciones positivas descansan sobre la base del principio de la acción, considerando capaz toda persona individual que posea voluntad exteriorizable y la imputabilidad es reconocida como capacidad de culpabilidad entendida como reproche Jurídico Penal.

De los distintos conceptos de acción se sostienen las diferentes concepciones dogmáticas en su desarrollo ulterior la acción entendida en el principio causal mecanicista es propia de la dogmática clásica.

3. DISEÑO

He seguido el sistema de INCONTEC, propuesto a la Universidad por el ICFES, para esta de anteproyectos.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág
0. INTRODUCCION,.....	18
1. EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO PENAL,.....	21
1.1. EL DERECHO PENAL LIBERAL,.....	33
1.2. LA ESTRUCTURA DEL DELITO EN LA ESCUELA CLASICA	36
1.3. LA ESTRUCTURA DEL DELITO EN LA ESCUELA POSITI VA,.....	41
1.4. LA ESTRUCTURA DEL DELITO EN LA DOGMATICA JURI DICA,.....	46
1.4.1 Esquema Clásico,.....	52
1.4.2 Esquema Neoclásico,.....	58
1.4.3. Esquema Finalista,.....	59
2. EL HECHO PUNIBLE EN LA DOGMATICA PENAL COLOM BIANA,.....	65
2.1. LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL CODIGO PENAL DE 1980,.....	68
2.2. CLASIFICACION DEL HECHO PUNIBLE,.....	75
2.3. FORMAS DEL HECHO PUNIBLE,.....	78

2.4.	TIEMPO DE REALIZACION DEL HECHO PUNIBLE,....	80
2.5.	EL NEXO DE CAUSALIDAD DEL HECHO PUNIBLE,....	81
2.6.	FORMAS EXTENSIVAS O AMPLIFICADORAS DEL HECHO PUNIBLE,.....	83
2.6.1.	La Tentativa,.....	84
2.6.2.	De La Participación,.....	87
2.6.3.	Del Concurso de Hechos Punibles,.....	89
3.	ANALISIS DOGMATICO DE LA ESTRUCTURA DE LA ACCION,.....	92
3.1.	NOCION DEL ATRIBUTO DE EXTERIORIDAD,.....	96
3.2.	NOCION DEL ATRIBUTO DE IDONEIDAD,.....	98
3.3.	NOCION DEL ATRIBUTO DE EJECUTORIEDAD,.....	99
3.4.	NOCION DEL ATRIBUTO DE SUBJETIVIDAD,.....	101
4.	FUNCION DOGMATICA DEL PRINCIPIO DE LA EXTERIORIDAD,.....	103
4.1.	EL CONCEPTO DE HECHO PUNIBLE PENALMENTE RELEVANTE,.....	103
4.2.	LAS RESOLUCIONES MANIFIESTAS COMO EXCEPCIONES TIPICAS,.....	107
4.3.	INEXISTENCIA JURIDICA DEL DELITO DE OPINION, ..	108
4.4.	ADECUACION TIPICA Y CONDUCTA EXTERNA,.....	108
5.	FUNCION DEL PRINCIPIO DE LA IDONEIDAD,.....	110
5.1.	LA IDONEIDAD DE LA ACCION Y LOS MEDIOS,.....	110
5.2.	LA ACCION SOCIALMENTE ADECUADA,.....	112
5.3.	EL DELITO IMPOSIBLE EN EL CODIGO PENAL DE 1980,.....	113
5.4.	INTEGRACION DE LO IDONEO Y LO ANTIJURIDICO...	114

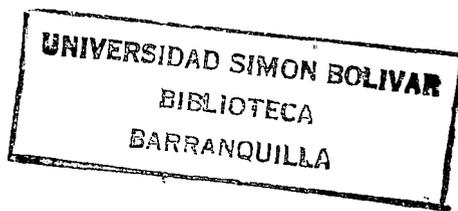
6.	FUNCION DOGMATICA DEL PRINCIPIO DE EJECUTORIEDAD,.....	115
6.1.	ANALISIS DEL CONCEPTO DE ITER-CRIMINIS,.....	116
6.2.	LOS ACTOS PREPARATORIOS Y LOS ACTOS EJECUTIVOS,.....	117
6.3.	LA TENTATIVA ACABADA E INACABADA,.....	118
6.4.	LOS ACTOS EJECUTIVOS Y LA PARTICIPACION,.....	120
7.	FUNCION DOGMATICA DEL PRINCIPIO DE LA SUBJETIVIDAD,.....	121
7.1.	ANALISIS DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD,.....	121
7.1.1.	El Dolo,.....	122
7.1.2.	La Culpa,.....	123
7.1.3.	La Preterintención,.....	124
7.2.	LA CULPABILIDAD SICOLOGICA,.....	125
7.3.	LA CULPABILIDAD NORMATIVA,.....	126
7.4.	PREVALENCIA DOGMATICA DE LA CULPABILIDAD,....	127
	CONCLUSIONES,.....	129
	BIBLIOGRAFIA,.....	131

INTRODUCCION

La teoría de la acción reviste gran importancia en la estructura del hecho punible, por cuanto que es la fuerza ontológica que reviste al derecho penal de caracteres valorativos sobre una base de garantía de la libertad del hombre, su naturaleza de sustrato que recorre las venas de las instituciones penales, está contenido en los elementos del delito, esto es, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. No obstante que se haya puesto en tela de juicio por los avances de la Doctrina alemana, la división clásica de los aspectos subjetivos y objetivos del delito, esta crítica no disminuye la importancia del principio de la acción sobre cualquier esquema del delito que proponga la construcción doctrinaria o Juris prudencial, toca a estos dos intérpretes poner de relieve los conceptos valorativos que dan naturaleza típica, antijurídica y culpable de la acción en acuerdo lógico-jurídico con la estructura del nuevo código penal, consecuentes con estas ideas analizaré varios tópicos que matizan la estructura de la acción en el hecho punible en el siguiente orden; en el Capítulo Primero, un análisis de la

evolución histórica del Derecho Penal, la estructura del delito en la Escuela Clásica, la Positivista, y el Derecho Penal Liberal en sus consecuencias modernas, las diferentes concepciones de la dogmática jurídico-penal, partiendo de Belino hasta Wezel, con sus respectivos esquemas del delito en la tendencia de la dogmática clásica, neoclásica y finalista. En el Capítulo Segundo, toda la estructura positiva del hecho punible en la dogmática colombiana, aten la importancia de las nuevas concepciones no establecidas en la Legislación Penal anterior. En el Capítulo Tercero, el análisis dogmático así como la evolución de la estructura del concepto de acción, junto con sus categorías rectoras, esto es exterioridad, idoneidad, ejecutividad y subjetividad, así como sus relaciones con los principios básicos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. En el Capítulo Cuarto, la función dogmática del principio de exterioridad con las instituciones que determinan su existencia y regulación jurídica. En el Capítulo Quinto, la función dogmática del principio de la idoneidad, en su relación con el delito tentado y la antijuridicidad. En el Capítulo Sexto, la función dogmática del principio de la ejecutoriedad, junto al análisis del iter-criminis y las demás relaciones jurídicas de este instituto. Por último, en el capítulo séptimo, la función dogmática

del principio de la subjetividad en especial conformación con el elemento de la culpabilidad.



1. EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO PENAL

El estudio del origen y desarrollo del Derecho Penal tiene su inicio en fechas recientes, con el avance de las ciencias sociales se han aplicado las diferentes ramas auxiliares como la sociología, la sicología, la paleontología, la antropología, para dilucidar las etapas prejurídicas de las comunidades primitivas. Entre muchos criterios científicos dos son los de mayor aceptación entre los estudiosos de este interesante aspecto primero el de origen mágico que al lado de la sicología de la comunidad primitiva es parte de los resultados científicos de la etnología en la cosmovisión del alma primitiva la conciencia directiva de la conducta no se fusionó con los principios de la causalidad y del estado natural de el sustrato yoico, sino en la contradicción mágica del Totem y del tabú como significado de un no harás ante la necesidad de la retribución de la sangre Luis Jiménez de Azúa, en su libro expone:

Del pensamiento mágico contradictorio, totem y tabú van a derivarse toda clase de formas re

tributivas. El hechizo que consiste en ejecutar un acto que no se produzca el resultado que se ansía -como pintar el animal que quiere cazarse-, y el aspecto negativo del tabú que estriba en acarrear desgracia si se realiza la cosa prohibida. 1

El segundo criterio es el del origen que nace de la necesidad de preservar el orden de la estructura patriarcal que se desarrolló dentro del contexto del vínculo de la sangre y de la comunidad de bienes, que viene siendo el verdadero origen intrínseco del Derecho Penal en cuanto que las costumbres dentro de la organización de la familia patriarcal, constituían verdaderas leyes prejurídicas con la consecuencia de la sanción a quienes las violase, fuese o no miembro de la tribu ofendida.

La función primitiva ha sido a través de la evolución histórica una constante en la defensa y preservación de las asociaciones humanas, que evolucionaron hasta la moderna sociedad establecida en el núcleo de la familia y de la protección de sus componentes, para abolir el derecho a la venganza como función garantizadora del estado de derecho.

El surgimiento y el avance de la familia patriarcal apa

¹JIMENEZ DE AZUA, Luis. tratado de Derecho Penal. 3 ed. Buenos Aires, Lozada, 1965, p 241

recida en el período donde aún no se habían afianzado las concepciones originarias del Estado, constituye el origen de la elaboración conceptual del derecho penal con una visión burdamente equitativa, hasta una concepción humanística y defensiva de los derechos naturales del hombre y el respeto por la dignidad humana.

Desde los tiempos del derecho primitivo, la idea del castigo por los hechos contrarios al grupo de personas es tablecidas en el régimen de la familia patriarcal, fué inspirada primeramente en la venganza privada y luego en la institución de la compositio, en la primera el infractor debía retribuir en proporciones exactas el daño causado a otra persona de un clan distinto, esta pena era impuesta por la autoridad fuertemente dominante del pater- familia. No obstante la institución de la venganza privada era imperfecta en cuanto no vinculaba en una forma jurídica auténtica las nociones de delito y pena. A contrario sensu, residía su esencia en un fondo de retribuciones causal mecánica del delito, excluyendo con el pago de la sangre el fin moral de la sanción impuesta.

Es de anotar que tal castigo era aplicado por la propia víctima del delito, elemento psicológico que determinó en la sociedad primitiva un sentimiento de represión morboso y anómalo en lo que se refiere a la calidad del casti

go individual. Esta discotomía eran en cierto sentido una contradicción, en el sentido de la unión por vínculos de solidaridad y de intereses comunes, además de la existencia de la prohibición de aceptar como pago una compensación pecuniaria por el daño causado, circunstancia especial para indagar el por qué no de un disentimiento de la pena diferente a la Ley Talional por cuanto que Carlos Lozano y Lozano, dice en su libro:

Lo que no admite ninguna duda es que en todos los tiempos y en todas las sociedades humanas sin excepción alguna, ha habido quienes se arrojen el derecho de reprimir determinados actos en nombre del interés individual y del interés colectivo, claramente presente en su espíritu o sentidos en forma confusa bajo la impulsión del instinto, y ha habido a la vez una conciencia común que reflexiva o irreflexivamente le ha hecho posible al establecimiento de las sanciones, las ha aprobado y ha buscado la manera de darles un aspecto de legitimidad. 2

Atenuando este sentimiento de represión instintiva surge la institución de la Compositio basado en el arreglo amistoso dirigido por los ancianos de los clanes patriarcales neutrales, como forma de limitar la venganza privada por medio de un pago pecuniario por la injuria sufrida esto ocurre en la etapa culminante de esta Institución por cuanto en su etapa inicial estuvo fundamentalmente

²LOZANO Y LOZANO, Carlos. Elementos de Derecho Penal. Bogotá, Lerner, 1961, P 41

dirigido al sacrificio de personas pertenecientes al clan del infractor, acto que se cumplía con la muerte de varios jóvenes de carácter religioso determinados por las costumbres de las comunidades.

La característica de esta institución en su naturaleza de tratado de paz entre las Tribus, que se iniciaba con las deliberaciones de los ancianos de las diferentes familias patriarcales, y remataban en el compromiso del pago en especie por concepto de la pena, suscribíanse en estos tratados verdaderas condiciones de paz que ambas tribus debían cumplir.

Esta institución en su simplicidad nada agrega al ejercicio punitivo de la comunidad primitiva, por cuanto su fin era el de preservar la unidad de la tribu ante la inexistencia de un poder central que pudiese controlar el derecho a la venganza privada y es precisamente por este contenido político que los investigadores contemporáneos lo han considerado como la primera evolución del Derecho Internacional y no como el surgimiento del Derecho Penal, en cuanto que eran verdaderos tratados de no agresión que las partes debían respetar bajo la sanción de una pena acordada en las mismas condiciones de paz.

Estas dos instituciones incluyendo el abandono noxal característico en el período de transición entre la responsabilidad colectiva e individual, son la base del origen del Derecho Penal, que por un lado es producto del ambiente y del medio cultural existente en un momento histórico determinado, en el que las costumbres juegan un papel especial dentro del marco sociológico de las creencias y ritos religiosos. Por eso el desarrollo del Derecho Penal no ha sido paralelo al de las otras ramas de la ciencia jurídica, ejemplo claro es el nivel alcanzado por el derecho civil en la sociedad romana y el hecho que el Derecho Penal fué estudiado en el aspecto unidimensional de la pena, con exclusión de los elementos sociológicos que entrañaría una concepción elaborada sobre la base positiva.

El primero de estos filosofos antiguos fué Pitágoras 591-497 A.C.,- que acepta como único fundamento la retribución de a pena sobre la base de la Ley Talional, Protágoras, -490-420 A.C.- que junto con el movimiento de los sofistas propone como único fundamento de la epna la intimidación; y por último Platón - 429-347 A.C.-, enuncia en la República y en el Georgias, el concepto de la expiación o purificación, no obstante que en las Leyes, propone la teoría de la prevención al concebir la pena como medicina del alma a la que el reo tiene derecho, junto

a Séneca y Aristóteles esta teoría encuentra su máximo eco sintetizado en el aforismo Punitur non quia peccatum sed ned peccetur- se castiga no porque se ha pecado sino para que no se peque más.- El atraso del pensamiento jurídico penal en la civilización Romana puede sintetizarse así: "El concepto de la necesidad de la intimidación para apartar del delito a los mal intencionados domina la jurisprudencia Romana, que en el campo criminológico queda bastante lejos de la perfección que alcanzó del Derecho privado"³

La caída del imperio romano marcó una nueva época histórica, la edad media, cuya síntesis estuvo motivada por la unión de varias culturas occidentales, especialmente las conquistas y los asentamientos bárbaros ante la civilidad extendida del imperio decadente. La cultura Romana la sangre renovadora Germánica y el Cristianismo como proyección de una doctrina religiosa universal, fueron el eje de las nuevas concepciones empíricas utilitarias del derecho represor. El concepto germánico sustenta y revive la retribución de características eminentemente privadas que se mide en la proporción objetiva del daño.

³MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Traductor. José Ortega Torres. Bogotá, Temis, 1954, P 72

Ampliamente renovadora puede con más seguridad la doctrina Cristiana introducir sus elementos judaicos de una expiación de carácter divino, apartándose del contenido realista de las antiguas instituciones. Empero a la llegada del Cristianismo como cuerpo de doctrinas al contexto jurídico penal, marca una etapa de oscurantismo originada en la preponderancia de las categorías teológicas alejadas del análisis sociológico e institucional de la estructura feudal, la fase inquisitorial alcanzó su máxima altura con este indisoluble alejamiento, aunque combate el régimen de la venganza privada por medio de la tregua de Dios y del derecho de asilo, trasladando de esta forma el derecho de castigar de la sociedad al Estado, función que este debía, administrar bajo los postulados de la expiación y del libre albedrío. Digno representante de este período es San Agustín -354-430 D.C-, expone su cuerpo de doctrinas en su célebre libro La ciudad de Dios, concibe la pena eterna o temporal como retribución de carácter divino, es contrario, a la pena de muerte por ser incompatible con el Cristianismo y la ciudad celeste donde se cumple la justicia absoluta, Santo Tomás de Aquino - 1226-1274- concibe la Ley en forma tripartita, divina, natural y humana; cada ley tiene naturaleza propia en el castigo. La Justicia conmutativa según la teoría de Aristóteles, surge en la medida de la retribución o contraprestación de acuerdo al principio Equalem recompensa

tionem passionis as actionem praecedentum, -una compensación de sufrimiento igual a la acción precedente-, con secuencia de este principio es la de legitimidad de la pena de muerte.

Influyeron en el criterio pragmático y exegético con mucha importancia en este período, Guido Da Suzzarra, Alberto Grandino, Bartolo Da Sassoferrato, Bonifacio Vitalino y Paolo Grillandi.

El método causístico y exegético de este período jurídico penal del medioevo, es el fundamento para que surja la ciencia criminal en un período autónomo embrionario, diferenciando los problemas morales y telógicos de los aspectos jurídicos y eliminando la contradicción entre el hombre y el estado feudal.

La época moderna aportó grandes elementos una vez disipados las nubes del Escolasticismo, y enraizó la idea renovadora del derecho natural como un derecho existente más allá del derecho positivo y anterior a la misma creación del hombre. Esta concepción imponía la necesidad de construcciones positivas sistemáticas y geométricas en orden de preservar estos derechos inalienables del ser humano, frente a los desvarios del Estado como entidad soberana, el derecho natural constituyó un avance de inmensas pro

porciones por cuanto supera la inmovilidad de la casuística y de la exégesis, iniciando la humanización del Derecho Penal ante la rigurosa crueldad que caracterizaba la edad media.

La idea del derecho natural al lado del iluminado y a la tesis utilitarias propuestas por Jeremías Bentham, pone de relieve por primera vez el doble fin de la pena, entrelazando la idea de la retribución a la prevención general y especial.

Estas ideas fueron perfeccionadas por la filosofía clásica Alemana por conducto del célebre filósofo Emmanuel Kant, - 1724-1804-, junto a la teoría contractualista de Juan Jacobo Rosseau -1712-1788-, que considera el origen del Estado en el individuo bajo la idea de una estructura contractual, y estos por recíproca utilidad pactan su entrada a la sociedad. Concebido el Estado en estos términos el derecho punitivo se convierte en una cesión del Derecho de defensa personal del individuo a la sociedad en la forma de una coluntada general.

Sobre la base de la utilidad social puede decirse que la teoría sobre el fundamento de la pena se divide en absolutas, relativas y mixtas. Las teorías absolutas consideran la pena como un medio intrínsecamente justo por el

mal del delito, y las relativas la consideran como medio de prevenir en el futuro otros delitos, y por último las mixtas que oscilan entre el carácter justo de la pena y la prevención.

El derecho natural tiene su máximo exponente en Hugo Grocio -1603-1645-, expuso los principios del Derecho natural DISTINGUIENDO ENTRE Ley Jurídica y otras leyes como la divina y la moral; Jeremías Bentham 1748-1832 analiza el concepto de pena desde el punto de vista de la utilidad y de las reacciones de defensa, y expone como fundamento la prevención general y particular.

El iluminismo triunfa con las exposiciones sistemáticas de Cesare Beccaria -1738-1794-, en su célebre opúsculo Del delito y de las Penas, con todas las influencias ideológicas de su tiempo en especial de las ideas liberales, se dedica con gran profundidad a un solo objetivo jurídico, la humanización del derecho Penal sobre la base de la mitigación de las penas. El derecho de castigar no se funda en la justicia sino en la utilidad, el fin, de la pena no es otro que impedir al reo causar un nuevo daño y alejar a los demás del mismo camino, de aquí su célebre doctrina sobre la prevención, antecedente inmediata de las modernas interpretaciones de la función del derecho punitivo.

Como juristas que se dedicaron única y exclusivamente al Derecho Penal fuera del marco de la filosofía, se distinguen dentro de las concepciones propias de su tiempo, Gaetano Filangieri -1752-1788-, Melchiorre Gioia -1767-1829 Antonio Genovesi -1712-1769-, Mario Pagano -1748-1799-, Pietro Verri -1728-1793-, Luigi Gremani -1748-1838-, Desde el campo de la filosofía enriquecieron grandemente los conceptos jurídicos los siguientes filósofos; Baruch Espinoza -1638-1677-, Gotteried Wilhelm Leibniz -1649-1766 Giambatista Vico -1668-1744-, JEANN Gottlieb Fichte -1762-1814-, Wilhelm Friedrich Hegel -1170-1831-.

-La reflexión que se impone en el estudio de estos estadios de la humanidad y sobre el fundamento de la penalidad es la indiscutible interacción entre el individuo, valor y sociedad en las bases recíprocas de las garantías del ejercicio punitivo. La realidad impone al Legislador de las normas jurídicas, al igual que la disciplina de la vida, que se convierten en una apreciación de posibilidades de orden colectivo; que la misma naturaleza impone al hombre. Desde el estado primitivo al estado altamente civilizado, las dimensiones del Ser-con, y la otra como aprendizaje en el transcurso de interminables generaciones de las múltiples riquezas del desarrollo antropológico y cultural, se impone preferencialmente la existencia del hombre centro del derecho represor. "La estructura de la

conducta humana guarda cierta plataforma común, está desarrollada sobre un fondo animal, y sin embargo, gracias a ciertas dimensiones el Homo Sapiens preserva toda confusión frente al conglomerado animal".⁴

La conducta humana atraviesa esta evaluación común a través de la permanencia de la conciencia atávica en el inconsciente, fuente de los impulsos primitivos que afloran ante la falta de las dimensiones espirituales y materiales, de una sociedad que controla las explosiones del instinto, con el ordenamiento jurídico penal contra las acciones socialmente perjudiciales para su propia estabilidad, fundamentada en los derechos y deberes de cada ciudadano.

EL DERECHO PENAL LIBERAL

El derecho penal liberal, tiene sus inicios en los acontecimientos de la Revolución Francesa, que trajo consigo el derrocamiento del anciano régimen, establecido en la arbitrariedad, del estado absolutista-feudal, podemos citar como precursores de estas ideas a Giandoménico Romagnosi -1761-1835-, en Italia a Jeremías Bentham -1748-1832-

⁴HERRERA FIGUEROA, Miguel. Sociología del Derecho. Buenos Aires, De Palma. 1968, P 105

en Inglaterra y Anselmo Von Feuerbach -1775-1833-, en Alemania y que posteriormente tuvo su máximo exponente en el maestro de Pisa, Francisco Carrara -1805-1888-, padre y fundador de la Escuela Clásica que sistematizó todas las ideas de este período, con sus tesis dominantes del restablecimiento del orden jurídico como finalidad de la pena.

Los postulados de la Revolución Francesa de igualdad, fraternidad y legalidad, quedaron plasmados en la Legislación Penal Liberal en toda su extensión revolucionaria la de la legalidad en el principio Nulun crimen nulla poena, la igualdad en el tipo penal descriptivo de las conductas punibles como función garantizadora de la libertad, la fraternidad en la dulcificación y benignidad de la pena que corre al abolicionismo de las teorías retributivas con marcado énfasis en la prevención especial.

La edificación del Derecho Penal Liberal, parte de las ideas reinantes propias del siglo de las luces, de la posición contractualista en la formulación del concepto de estado y de las concepciones del derecho natural, que concedía la necesidad de delimitar las arbitrariedades del estado absoluto feudal, estos derechos naturales iniciaron la gran entrada de la humanización del Derecho Penal en su desarrollo ulterior. Aunque no puede decirse que

el concepto de derecho penal liberal sea un cuerpo sistemático de doctrinas, por cuanto que es la confluencia de varios factores tanto científicos como políticos que desembocaron en la creación de instituciones autónomas que diferencian al derecho penal de las demás ciencias sociales la lucha entre las escuelas en la sobresalen la escuela clásica y la escuela positiva, marcan los momentos máximos de la evolución histórica y científica del derecho penal.

La máxima preocupación de los juristas liberales fué la constante lucha de establecer un límite a la función punitiva ejercida por el estado, límite que debían establecer al mismo tiempo un encausamiento de la libertad que constituye el bien jurídico más importante del hombre puesto que:

La libertad no es un valor en sí mismo, sino que pretende un fin y es legítimo en cuanto se dirige a este objetivo. He aquí el derecho, porque puede encausarla y reglamentarla, y a nuestra disciplina le es dable garantizar su uso correcto mediante sanciones, proclamando que hay libertad contra la libertad, que debe proscribirse la libertad lebertizada y que la libertad tiene derecho a la legítima defensa. 5

La máxima etapa de evolución del derecho penal liberal,

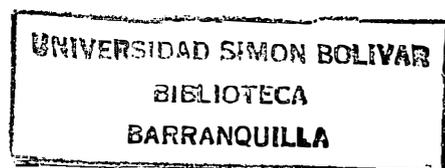
⁵JIMENEZ, Op, Cit, p 330

ha marcado en el presente una diferencia estructural en el sentido de que la lucha de su formación no se sitúa en la actualidad sobre el plano científico sino sobre el plano político social, la antinonomía entre socialismo y capitalismo determinan en muchas consecuencias aspectos importantes en la adecuación del derecho penal al estado de derecho en el sistema democrático, previve orgulloso el derecho penal soviético sobre la base de las relaciones sociales de producción, mientras que los juristas en los países capitalistas se preocupan por un derecho penal adoptado al juego de las relaciones de poder y de la libre iniciativa.

Como máximo exponente de este período liberal podemos citar a los siguientes juristas: Carlos Cattane -1801 - 1869-, Pellegrino Rossi - 1787-1848-, Giovanni Carmignani 1768-1847-, Antonio Rosmini -1797-1855-, y Francisco Carrara, que estudiaremos en capítulo aparte por la importantísima proyección de su teoría en todos los campos de el derecho penal liberal de esta época.

1.2. LA ESTRUCTURA DEL DELITO EN LA ESCUELA CLASICA

La etapa culminante del derecho penal liberal, es sin duda alguna el surgimiento de la escuela clásica, cuyo gran y célebre fundador fué la personalidad y la agudeza in



telectual de Francisco Carrara, ningún jurista en toda la historia de la humanidad ha tenido tanta influencia en el derecho penal y ha iluminado con tanta certeza, método intelectual y pulcritud de estilo toda la edificación del derecho penal moderno su obra Programa de Derecho Criminal, es una obra maestra de todos los tiempos en lo que se refiere a la exposición sistemática y profunda de los postulados liberales de su época aplicados a la ciencia criminal.

El origen del método de estudio de la escuela clásica se halla centrado en el idealismo crítico trascendental Kantiano, la concepción racional de la realidad en contraposición al empirismo tuvo profundo arraigo en los clásicos que no trabajaron sobre datos extraídos de la Legislación positiva, sino sobre entes de razón, la abstracción constituyó la forma esencial de la indagación alejándose totalmente de la realidad existente, posición reforzada por la mentalidad antihistórica de las tesis contractualistas Rosseaunianas. Sobre estas bases concibió la escuela clásica al delito y al delincuente procediendo por vía de generalización. El delito es definido por los clásicos como ente jurídico racional, entendiendo que esta categoría de juridicidad no corresponde al derecho positivo establecido, sino al derecho entendido como categoría lógica abstracta y como violación de una ley penal apriorísticamente

elaborada. El delito es la violación consciente y voluntaria de la norma penal, al definirse el delito como ente jurídico se orienta toda la ciencia penal sobre un imperativo absoluto, sustrayéndola de las celeidades políticas. Esta razón trajo como consecuencia la distinción entre códigos penales de la tiranía y códigos penales de la justicia.

Esta forma abstracta concibe la escuela clásica al delincuente, al proceder por vía de generalización aleja la noción de delincuente del hombre mismo, puesto que el delito está determinado por dos fuerzas, una física como acción externa y una moral basada en la voluntad culpable que constituye el eje de la responsabilidad moral sobre el fundamento del libre albedrío, si el hombre es libre de buscar el bien y evitar el mal y si es libre de hacer o no sus actos le son imputables por esta voluntad moral de culpabilidad. Presupone así mismo la existencia de estos dos elementos del delito en el hombre normal, generalizando el tipo medio, ficticio y convencional del hombre racional, suponiéndolos como delincuentes fundidos en un solo esquema y susceptibles de corregirse bajo el influjo de una misma pena.

En cuanto a la estructura de los tipos punibles y como consecuencia de la raíz política de la escuela clásica,

fué preocupación constante la descripción escrupulosa de las conductas antijurídicas, con el fin de evitar las arbitrariedades de la función punitiva ejercida por el estado, solamente así se establecía una garantía a la vigencia del derecho en el alcance de las normas penales positivas.

La imputabilidad concebida como la libertad del obrar en el hombre racional y como la capacidad de comprender el valor ético social de sus propias acciones, es presupuesto de la pena, firmemente establecida sobre el dogma de la expiación como retribución del mal producido en proporción directa al delito cometido. Este principio de la retribución adolece del mismo problema lógico formal en razón que es concebido como una reacción del ordenamiento jurídico violado por el reo, tesis predominante en la importancia de las penas en la escuela clásica, puesto que si el delito es un ente jurídico, la pena es la consecuencia del orden igualmente jurídico.

En la finalidad de la pena, los clásicos al lado del principio de la expiación de corte escolástico, la finalidad de la enmienda y corrección del reo sobre la base de la prevención especial.

La crítica fundamental que puede tener plena vigencia

contra la escuela clásica, es la estrechez de la mirada sobre el horizonte social de esa época histórica en la cual los factores de la criminalidad aparecían con un nuevo y alarmante índice, en los elementos políticos y económicos de una sociedad en pleno desarrollo. La naturaleza gnoseológica de una filosofía idealista, epigona de la escuela clásica perviven y alimentan la vida del derecho penal, en concepciones difíciles de apartar en la elaboración futura de esta ciencia social, sus errores pueden sintetizarse en el siguiente párrafo;

Superado los límites de la disciplina propiamente dicha, se dieron a estudiar el problema de la criminalidad bajo un ángulo más amplio y comprensivo plantearon el problema en toda su integridad, preguntándose como podría combatirse el flagelo de la delincuencia y sin afanarse por la naturaleza ya social ya política ya económica o jurídica de los remedios que debían emplearse. 6

El ángulo más amplio y comprensivo del problema criminal se convirtió en una infecunda suma de abstracciones y articulados que no tenían una existencia efectiva, ante la cruda realidad económica y social en que se mueve el hombre de carne y hueso. El último jurista clásico que con vivió en el sentido filosófico no como fuente de la in .

⁶LOZANO, Op, Cit, p 18

investigaciones penal sino sustrato secundario, fué Enrico Pesina -1828-1916-, quien puede considerarse el más apasionado defensor del fundamento retributivo de la pena en el esquema clásico.

1.3. LA ESTRUCTURA DEL DELITO EN LA ESCUELA POSITIVA

La escuela clásica había transformado el derecho penal en una abstracción inaccesible con su transfondo del derecho natural lógico-racionalista separados por un abismo de las causas que determinan el factor criminógeno en el delito, circunstancias que les impidió una formulación de los medios eficaces para combatirlo. Sobre esta base de ineficacia que la filosofía racionalista había inundado el derecho penal, surge una corriente de pensamiento empírico-naturalista, que parte del hecho fáctico para tratar de llegar a los presupuestos causales, esta escuela fué la denominada positivista.

Como antecedentes inmediatos encontramos la gran obra criminológica de Cesar Lombroso -1836-1909- que sistematizó el pensamiento de la llamada Antropología Criminal. Lombroso partía de la idea de un tipo criminológico basado en el concepto causal explicativo de constitución en consonancia con los aspectos morfológicos y fisiológicos, estructura inconfundible que diferencia el hombre delin

cuenta de los demás hasta constituir un tipo especial a norma por completo, este tipo reducía al denominado por Lombroso delincuente nato, hombre que se encontraba en un estado de regresión salvaje, atávica y primitivista a causa de su generación fisiológica. Lombroso expone su teoría del tipo delincuente sin tener en cuenta la existencia síquica y espiritual, puesto que estas no pueden ser indagadas con el concepto causal mecanicista, sino que es producto de causas diferentes a las que pueden ser estudiadas con el método empírico positivista. Ya que la antropología criminal estructuró su método de estudio científico en el exámen del desarrollo y tamaño de las partes orgánicas del delincuente, cráneo, rostro, brazos antropología criminal.

Raffaele Garofalo -1851-1934- incentivó la formulación positivista con la corrección sustancial de las tesis Lombrosianas, puesto que la antropología criminal había definido al delincuente y no al delito. Garofálo entra a subsanar esa dificultad lógicacombiniendo al delito como un ente natural, esta visión es consecuencia de las causas etiológicas del delito que lombroso analizó con el método de la antropología criminal confundiendo el derecho penal con la criminología. Estas imposibilidades lógicas se canalizaron en todo el ulterior desarrollo de la escuela positivista,

por cuanto no alcanzaron a comprender que la naturaleza en sí misma no puede establecer diferencias éticas entre lo bueno y lo malo de las acciones buenas.

Enrico Ferri -1856-1929- con su obra Principios de Derecho criminal, fué el máximo exponente de los postulados positivistas, fué el sistematizador de las doctrinas de Lombroso y Garofálo así como de la aplicación de los principios de la filosofía positivista del derecho penal. Acepta en gran parte las conclusiones de la Antropología Criminal y las completa con un sistema de nociones más amplias denominado psicología criminal, estructurando las causas no solamente en la predisposición sino en las relaciones sociales, económicas, culturales, como factores determinantes del delito. A esta psicología criminal le corresponde indagar por las constantes criminológicas basadas en una anomalía del ambiente como conjunto de condiciones de carácter objetivo y subjetivo en que se sitúa el delincuente.

Ferri ataca la libertad del hombre piedra angular del derecho penal liberal formada sobre la base teológica del libre albedrío, para componer un determinismo causal mecánico que aspiraba solucionar los problemas científicos de la criminología, la libertad según su criterio rompe las cadenas cau

sales que se dan inexorablemente en el mundo físico de acuerdo al método positivista que indaga el hecho hasta llegar a los presupuestos causales naturalistas.

La influencia del determinismo mecanicista se proyecta sobre toda la teoría de la responsabilidad penal, puesto que no existe para los positivistas una responsabilidad ética derivada de una voluntad culpable, sino una responsabilidad de carácter legal sobre el postulado de la convivencia social.

Estos dos principios, determinismo voluntario y responsabilidad social son el máximo fundamento de toda la escuela positiva y sobre ello edifica Ferri toda su teoría penal empezando por su concepción del delito, definiéndolo como fenómeno natural y social influido por los llamados Factores determinantes del delito agrupados en tres especies, antropológicos, físicos y sociales, los factores antropológicos se refieren al siquismo sobre el cual influyen la herencia, la edad, el sexo, etc, los factores físicos se refieren al medio en donde el delincuente actúa aquí el ambiente tiene una mayor importancia etiológica los factores sociales hacen referencia a la familia, al factor económico, entrelazándose esta doctrina con este último elemento con los sistemas sociales que luchan

por una mejor distribución de las riquezas y oportunidades de desenvolvimiento social del hombre.

El delincuente para Ferri, es un hombre anormal, sea cual fuere el impulso que caracteriza el delito, el carácter de anormalidad y normalidad está dado por el equilibrio de interacción de los factores que determinan el delito, en razón de que si estos actúan desordenadamente en el ser humano la anormalidad síquica es connatural a la acción delictiva condenando al delincuente a un determinismo fatalista, en cuanto que la sanción por su responsabilidad no parte de un hecho libre sino causalmente ciego.

Sobre el fundamento de la responsabilidad social la pena no podía tener como fin sino la defensa de ella misma, a brogándose el derecho de segregar de su seno al hombre cuando se tornase peligroso para los coasociados, sustrayendo la del principio retributivo la convierte en una medida de prevención especial, con el fin de actuar sobre aquellas condiciones que impulsen al delito, para que en el futuro no lesione sus intereses de la sociedad organizada.

La imposición del cambio de la prevención general por la prevención especial que radica en las medidas de seguridad y la función racionalizadora de la pena, dejando de lado

los errores originarios de la teoría positivista es el mejor legado de esta escuela para la posteridad en el avance de las teorías perfeccionistas de la pena.

El error fundamental del positivismo fué el de confundir una ciencia causal explicativa como es la criminología, con una ciencia cultural y normativa como es el derecho penal, esto produjo un resultado híbrido que tenía que ser por esta razón infecundo, no obstante de sus aciertos el desarrollo de sus últimos productos del positivismo crítico en el nacimiento de la nueva escuela de la defensa social, que aboga por la aplicación y ejecución.

1.4. LA ESTRUCTURA DEL DELITO EN LA DOGMÁTICA JURÍDICA

La dogmática jurídica puede definirse como el estudio de la Legislación Penal vigente, este objeto de estudio metodológico es determinado por la unificación de principios generales que informan dicha Legislación, es una forma jurídica-científica siendo el instrumento unificador la alta fase sistemática de la jurisprudencia de los valores. Esta noción formal de la dogmática jurídica se inicia en la escuela técnico-jurídica Italiana, especialmente por medio de su representante Hugo Rocco, al aislar con exactitud el derecho positivo como objeto de estudio de la ciencia jurídico-penal librándola de toda influencia filosófica que pudiese obs

taculizar su construcción como ciencia autónoma frente a las demás especialidades jurídicas, así como ante las ciencias causales explicativas como la criminología, quedando así estructurado el derecho penal como ciencia cultural y normativa, que encuentra sus fundamentos en la simple exégesis, sino en la interpretación y adecuación de sus normas al devenir histórico y social. No obstante su discutible origen con el tecnicismo jurídico, ha sido principalmente la escuela jurídico Alemana la que ha evolucionado hasta su máxima perfección una concepción del delito sobre la base jurídico-dogmática y decantando sobre los elementos en la estructura del hecho punible, ha tenido un proceso de sedimentación fundada sobre el proceso de transformación, pasando de una teoría bipartita a una tripartita. En la teoría bipartita se define el delito esencialmente con los elementos del injusto y la culpabilidad, característica de la escuela clásica con Carrara, Pessina y Brussa, así como la positiva con Enrico Ferri, en este período Jiménez de Azua define el delito como:

El acto culpable contrario a derecho y sancionado con una pena, diferenciándose los dos puntos esenciales el uno como acto culpable, y el aspecto externo o antijurídico, nótese la falta del tercer carácter genérico del delito que es tipicidad

Para los clásicos el delito es una infracción de la Ley del Estado, confundiendo así la Ley y la norma por cuanto se identificaban en la violación que causaba la conducta.

En el paso a la teoría tripartita es Karla Binding con su célebre obra Teoría de las Normas el que establece la diferencia entre Ley y Norma desconocida por los clásicos y aporta los fundamentos para el ulterior desarrollo de la teoría del delito, relatando la clara diferencia entre el principio penal y el principio jurídico, aclarando que lejos de infringir el delincuente la Ley Penal según la que será sentenciado, debe el más bien y siempre para que sea castigado según ese artículo de la ley en su primera parte haber obrado al unísono con ella, ésta realización de la conducta punible es obvia, puesto que la Ley que se transgrede al delincuente va adelante en el concepto y en la regulación pero no así en el tiempo de elaboración de la ley que prescribe la manera y la naturaleza del juicio.

La diferencia entre Ley y norma es fundamental en el sentido que aporta la naturaleza objetiva de la transgresión, en cuanto que la norma crea lo antijurídico y la Ley el delito.

⁷JIMENEZ, Op, Cit, p 360

Aplica la teoría de las normas a la técnica jurídica, partiendo de la primera definición tripartita del delito, al que define antes de elaborar su teoría del tipo como acción antijurídica y culpable incluyendo la punibilidad como elemento del delito y no como carácter específico de él, utiliza el término de hecho punible para la connotación del resultado de la acción . 8

Una vez elaborada su doctrina del tipo sobre los fundamentos de la teoría de las normas que:

Recae en la diferencia del tatbestand norma típica y delictstutypus, delito típico-, define el delito como la acción típica, antijurídica, culpable, sometible a una sanción penal adecuada, suficiente, para las condiciones de la sanción penal. 9

Surge aquí el concepto de adecuación típica en lo sometible a una sanción penal adecuada, y las condiciones objetivas de punibilidad en lo suficiente para las condiciones de la sanción Penal. Se define el delito como: "Acción típicamente antijurídica y culpable". 10

Desaparece en esta definición la amenaza de la pena por considerarla como consecuencia y no como características del delito.

⁸Ibid, p 362

⁹Ibid, p 363

¹⁰Ibid,p 363

"El delito es el acontecimiento típico, antijurídico e imputable". 11

Con el término imputable no se produce ningún cambio por que imputable en sentido amplio abarca la culpabilidad, esta definición de Mayer es de índole formal, y su definición material del delito la construye después de exponer su teoría de las normas de cultura en los siguientes términos: Acontecimiento imputable que corresponde a un tipo penal legal y que materialmente contrario a una norma de cultura reconocida por el Estado, la norma de cultura es el contenido material de la antijuridicidad. La dogmática Italiana una vez superados los excesos del tecnicismo jurídico, pueden encontrarse ya los elementos dogmáticos del delito en las definiciones de Felipe Grispigni y Julio Battaglini, ambos edifican la construcción jurídica dogmática de acuerdo con la Ley positiva de su país, donde no se habla expresamente de antijuridicidad. "El delito es la conducta humana correspondiente al tipo descriptivo por una norma penal que no presenta causas de justificación y que además es seguidamente referible al sujeto". 12

11IBID, p 364

12IBID, p 365

Esta definición fué expresada por Grispigni después de ensayar los caminos formales, analíticos, y sociológicos el delito se ve como forma del derecho vigente, definitivamente como:

Un acto humano descrito en el modelo legal culpablemente cometido, por el cual es aplicable pena como muchos otros autores Italianos considera es que la inclusión de la antijuridicidad permite construir de manera más ingeniosa la doctrina de el delito, pero inaceptable su introducción en la doctrina italiana, a su juicio los elementos del delito son el hecho típico, la culpabilidad, y la punibilidad, 13

En la evolución general de la dogmática jurídica todas las construcciones positivas descansan sobre la base del principio de la acción, considerado capaz toda persona individual que posea voluntad exteriorizable y la imputabilidad es reconocida como capacidad de culpabilidad entendida como reproche jurídico penal, - Teoría normativa de Rehinard Von Frank-, y de modo alguno como capacidad de acción o como capacidad legal de derecho penal. El principio de la acción es precedente al de autor sin que el delito se tome como un fenómeno natural o siquiera social, solo como fundamento político puesto que el acto se constituye el fundamento irrebasable de la imputación criminal en las escuelas liberales, teniendo en cuenta que

¹³MAGGIORE, Op, Cit, p 272

una consideración no liberal podría poner en primer plano al autor, - voluntad, ánimo, carácter, peligrosidad- El acto inicia su proceso valorativo en la adecuación típica a una norma ineliminadora, luego en su contrariedad con el ordenamiento jurídico -antijuridicidad-, concluyéndose con el juicio del desvalor del acto, -atipicidad causas de justificación inocuidad-; una vez establecido el injusto típico, procede el juicio de reproche, el autor por la voluntad final productora del injusto este comienza con la afirmación de la imputabilidad o la negación de ella por motivo de causales de inculpabilidad, en el primer caso será aplicable la pena y en el segundo la medida de seguridad.

De los distintos conceptos de acción se sostienen las diferentes concepciones dogmáticas en su desarrollo ulterior, la acción entendida en el principio causal mecanicista es propia de la dogmática clásica, Franz Von listz, Ernest Von Beling, el concepto social de acción es propio del sistema Neoclásico, Eberhard Schmid, Eugenio Zaffaroni, y el concepto formal de acciones propio de la escuela finalista representada por Hanz Welzel, Alexander Graszu Donha, Helmut Von Weber, estudiaremos por aparte cada una de estas tendencias.

1.4.1. Esquema Clásico

Este sistema es el elaborado por Franz Von Litz, y Ernst Von Beling, Litz contribuyó en la elaboración del concepto causal de acción aunque su endencia derive hacia los problemas políticos criminales, escuela dirigida y fundada bajo sus postulados teoricos. Beling construye su teoría del tipo sobre la base de la teoría de las normas de Binding, e introduce el elemento de la tipicidad en la elaboración de la teoría del delito.

El esquema clásico parte de la distinción entre el aspecto externo - objetivo- y el aspecto interno -subjetivo- del delito naturalista, como la causación de un cambio en el mundo exterior por una conducta voluntaria, objetiva es esta conducta como el resultado externo causado, así como las eventuales modalidades de la acción o se a la tentativa la participación y el concurso de delitos. Este concepto causal de acción tiene su fundamento no en la voluntad sino en la voluntariedad, sin contenido anímico o psicológico, es decir, la simple relación mecánica de causa y efecto deja sin determinar el carácter voluntario de la acción, puesto que lo que interesa es el resultado de esa acción y no el contenido de ella. Este aspecto objetivo representa al tipo y constituye la antijuridicidad. Fernandez, ve el acto como: La conducta voluntaria en el mundo exterior, causa voluntaria o no impediende de un cambio en el mundo exte

rior¹⁴. 14

Estos cambios en el mundo exterior se pueden producir únicamente por medio del movimiento corporal, de suerte que el movimiento corporal es la causa, eñ efecto es el resultado o cambio en el mundo exterior. El aspecto interno del del delito se refiere por completo a la culpabilidad, la culpabilidad es la referibilidad síquica del autor con su acto, es decir, que la naturaleza imputable del autor hace que este acto sea suyo, o sea que tiene el carácter de suya con el autor, tomando las formas de dolo o culpa y siendo la imputabilidad su condición previa. Esta concepción clásica de la culpabilidad está sobre una base psicológica descriptiva, sin tener en cuenta el proceso de las motivaciones. La contraposición objetivo-subjetivo es idéntica a la contraposición antijurídica-culpabilidad, tentativa y consumación, autoría y participación.

El carácter general mecanicista de la acción y la voluntariedad del aspecto interno en la escuela dogmática clásica, fué el punto de divergencia para el sostenimiento - teórico y práctico de la objetividad del tipo, así como la referibilidad psicologista en la culpa. La crítica centra sus

¹⁴FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal fundamental. Bogotá, Temis, 1982, P 203

armas contra este sencillo esquema., y apunta a su revisión con el surgimiento de la culpabilidad normativa de Reinhard Von Frank, perfeccionando por James Goldschmid, junto con el descubrimiento de los elementos subjetivos del tipo iniciado por Hans Albrecht Fischer , y culminado por Edmundo Mazger, la teoría de la culpabilidad normativa fué expuesta por Frank en un opúsculo que tituló acerca de la estructura del concepto de la culpabilidad, parte de este autor de las premisas básicas de que muchas veces había un nexo psicológico entre autor y hecho, y sin embargo, no podía decirse que existiese culpabilidad y que además, todos los esfuerzos teóricos de encontrar en la culpa una relación psicológica del autor con el resultado eran vanos. Frank comienza por buscar una característica que pueda abarcar en el concepto de culpabilidad tanto el dolo como la culpa en sentido estricto esa característica la encuentra en la reprochabilidad, Frank en forma genial hizo depender el reproche de culpabilidad no únicamente del conocimiento de la acción, sino también de las circunstancias concomitantes en forma de presión externa, - no exigibilidad de otra conducta-, o interna - imputabilidad-. Estas circunstancias le quitan al hombre la libertad y lo privan del dominio del hecho, a esa libertad de la culpabilidad junto al dolo y la culpa, siendo estos últimos sustitutos y no forma de ella, así la culpabilidad empieza a ser tenida no como un simple vínculo psicológico

ente el autor y el hecho, sino además como juicio de reproche por cuanto el autor habiendo podido comportarse de acuerdo al deber que le era exigible, ha actuado de un modo contrario a ese deber. Godschmit, perfecciona la teoría de la culpabilidad normativa a través de la introducción del concepto deber poder, como carácter diferencial entre antijuridicidad y culpabilidad, pues ve al lado de cada norma jurídica que exige una conducta exterior, la existencia tácita de una norma de deber con arreglo a la cual el autor debe dirigir su conducta externa, se entrelaza así esta tesis con la de Frank, constituyendo la no exigibilidad de otra conducta, concepto fundamental de la exclusión de la culpabilidad.

La aceptación de esta teoría por parte de la doctrina, derrumba la concepción causal psicológica de la culpabilidad en la dogmática clásica, no obstante, que el dolo y la culpa están ubicados dentro del esquema de la culpabilidad y no dentro del injusto típico como pretenden los finalistas solo que esta ya no es mera voluntariedad sino juicio de reproche, de aquí se infiere como consecuencia que no se puede eliminar los elementos psicológicos de la culpabilidad puesto que no afectan la relación tipo objetivo antijurídico y tipo subjetivo culpable, es decir subsistía aún la separa

ción tajante entre el aspecto externo objetivo y el aspecto interno subjetivo.

El descubrimiento de los aspectos subjetivos del tipo comienza con Fischer, Mayer, y Mezger; Fischer en una obra al respecto del derecho privado, donde explica que la anti-juridicidad muchas veces dependía de que existiera o no en el comportamiento el elemento subjetivo, Mayer sigue elaborando la teoría de los elementos subjetivos del tipo y culmina con Mezger que desarrolla la significación de estos elementos en la teoría del delito.

Esta teoría parte de la idea de que no es cierto que el tipo es totalmente objetivo, por cuando existen tipos que no tienen relevancia penal sin el elemento subjetivo que condiciona la acción para que sea antijurídica, o sea que la valoración de la conducta humana depende a menudo de la cual surge o de las intenciones que la sustenten, si hasta ese entonces se había concebido ese momento puramente objetivo y subjetivo solamente en la etapa del juicio de culpabilidad, de ahora en adelante se descubriría su función en la determinación del sujeto.

La inseguridad dogmática aumentó cuando se puso el concepto naturalista a la acción, considerado como el pilar de toda

la construcción de la dogmática clásica.

1.4.2. Esquema Neoclásico

Una vez descubiertas las imposibilidades de mantener el rígido esquema de separación entre tipo injusto objetivo y tipo subjetivo culpable, por el surgimiento de la teoría normativa de la culpabilidad, y la de los elementos subjetivos del tipo, Radbruch, pone en entredicho el concepto naturalista de la acción en el sentido de que si la realidad concebida por el derecho, sus conceptos y valoraciones es la realidad natural física con los ojos del físico o del fisiológico, o mejor, la realidad plena de sentido de la vida social, que adquiere su forma en la existencia y en las actuaciones de los hombres, además el concepto causal de acción resulta demasiado restringido por el problema de la misión que no consistía en una modificación del mundo exterior, puede que esta tenía existencia normativa fundada en el deber, nace así concepto ético social, de acción, entendiéndose por acción un comportamiento socialmente relevante, este esquema neoclásico es iniciado por Eberhard Schmitt y Eugenio Raúl Zaffaroni, introduciéndose el concepto social valorativo de la acción sobre el fundamento de la filosofía neokantiana, que influye en la concepción de la antijuridicidad que se considera como injusto de dañosidad social, lesión de intereses

jurídicos , y aceptándose por esta filosofía que allí donde no hubiese lesión de un bien jurídico no podía predicarse el delito, la tipicidad pasa a ser razón esencial de la antijuridicidad por considerarse un medio de ayuda al Legislador en orden de abarcar la naturaleza punible de la acción. A pesar del plus valorativo el concepto social de acción sigue siendo un concepto causal de acción con la diferencia de la introducción del reproche de culpabilidad, el dolo y la culpa, no obstante que en el sistema clásico estas son grados y en el neoclásico son formas de la culpabilidad al lado del concepto de exigibilidad, imputabilidad como elementos del juicio de esta, constituye así el esquema neoclásico una visión nueva del concepto de acción, pero insuficiente para el ulterior desarrollo de la doctrina que tiende al llamado por matirismo puro, es decir concebir la culpabilidad en razón del emplazamiento del dolo como un puro juicio de reproche, atrayendo hacia el injusto los elementos psicológicos del dolo y la culpabilidad.

1.4.3. Esquema Finalista

Esta novísima tendencia dogmática es iniciada por el célebre jurista Hanz Wezel, junto con Alexander Graf Zu

Dohna y Helmut Von Weber, Wezel estructura su concepción sobre la base del concepto final de acción en la cual:

La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre gracias a su saber causal puede prever dentro de ciertos límites, las con secuencias posibles de su actividad, proponerse por tanto fines diversos y dirigir su actividad conforme a un plan, a la consecución de estos fi nes. 15

La dirección final supone dos etapas, una interna y otra externa, la primera se causa en el pensamiento y la se gunda en el mundo de la naturaleza, en la fase interna se anticipa mentalmente el fin: "Mediante un movimiento de retroceso desde el fin selecciona los medios para lograr ese fin" 16

Luego con "Un movimiento hacia adelante a partir del fac tor causal elegido como en dirección a los efectos que se puede producir". 17

Considerando los efectos concomitantes de su acción futura para evitarlos o contrarrestar sus desviaciones, superada

¹⁵WEZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Traductor Juan Bustos. Santiago, Jurídicas de Chile, 1970, P 8

¹⁶Ibid. P 8

¹⁷Ibid. P 8

esta fase interna el sujeto ejecuta su acción en el mundo exterior, la acción así entendida modifica profundamente el esquema dogmático, puesto que en el querer y el contenido de este pertenece la acción, enlazándose con la comprensión de elementos subjetivos y objetivos esencialmente el dolo, ya que se desplaza de la culpabilidad para situarse en el conjunto típico, esta transferencia del dolo hacía el injusto se produce con la ayuda de la culpabilidad normativa, que tiende a despojar a esta de los elementos psicológicos para convertirla en un puro juicio de reproche, así como el desplazamiento del concepto de acción al injusto típico en razón de una tipicidad conglobante que abarcaría con el elemento final todas las acciones humanas, esta tendencia a pesar de los espinosos problemas que suscita se ha denominado en su tendencia metodológica normativismo puro, es decir, tomar como punto de referencia el juicio de exigibilidad normativa en la culpabilidad, juicio que gana en pureza metódica el concepto moral indeterminado del ingrediente sicologista de la acción. No obstante el desplazamiento del dolo al injusto típico tropieza con el problema de la conciencia de la antijuridicidad, que los finalistas lo elevan solamente a la posibilidad, y que es base para tratar de inmediato el error de tipo y el error de prohibición, puesto que si la conciencia de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad, para poder demostrar que los inimputables pueden

actuar dolosamente pero sin culpabilidad, se deja en esta aún sea elaborada a simple posibilidad de conocimiento, elementos psicológicos que impiden el puro reproche normativo. En este sentido los finalistas ponen como elemento del juicio de culpabilidad, la imputabilidad la posibilidad concreta de conocer el carácter ilícito del hecho realizado, y la exigibilidad de una conducta motivada de acuerdo a la Ley.

La culpa como forma de la culpabilidad sigue el desplazamiento del dolo hacía el injusto típico puesto que el ontológico enlaza la forma de la realización de la acción, y no su resultado como sostenía la doctrina tradicional sobre el delito culposo. Para Wezel lo importante en la doctrina de la acción es el principio estructural general es decir, su dirección final, y además demostrar que la acción también en su curso externo es un acontecer dirigido por la voluntad y por consiguiente una unidad, uniéndose indisolublemente la voluntad interna descuidada de la acción que ocasiona resultados socialmente indeseables, aunque la acción culposa sea finalista lo que importa no es la finalidad como tal, sino la ejecución final en concepto en cuanto que la culpabilidad de la culpa reside en la reprochabilidad de la inobservancia del cuidado objetivamente debido, y este se daría si el autor ha previsto o ha podido prever la infracción del cuidado objetivamente

exigido.

La ubicación del dolo en el injusto típico, siendo el saber y querer la realización del tipo objetivo el contenido de este, y no la conciencia de la antijuridicidad se saca como consecuencia que el error sobre las circunstancias de hecho - error de tipo -, excluye el dolo por que falta en él el tipo subjetivo, y con él un elemento clave del injusto típico en el campo del delito doloso; solo incide en la culpabilidad cuando la comisión del hecho doloso sea punible a título de culpa. El error sobre la antijuridicidad - error de prohibición- no afecta al dolo convirtiéndose en puro problema de culpabilidad.

En resumen los principales aspectos de la teoría finalista pueden reducirse a los siguientes:

- La culpabilidad es concebida como puro reproche normativo por no obrar el sujeto conforme al deber exigido.
- El tipo de injusto es mixto con el tratamiento de elementos subjetivos y objetivos, y además concreta y es materia de la prohibición, alejándose del bien jurídico.
- El dolo es concebido en la acción típica como voluntad final, con conocimiento del tipo objetivo y la ubicación

del dolo en el tipo subjetivo, quedando la potencial conciencia del injusto en la culpabilidad.

- El tratamiento del error está sobre la base del aspecto objetivo del tipo y sobre el conocimiento de la anti-juridicidad.

La teoría finalista se encuentra aún en plena formulación teórica, a pesar de las innumerables críticas que surgen a su paso, es de esperar que la necesidad de un nuevo sistema penal se adecúa a las exigencias metodológicas substanciales, puesto que "esta necesidad subsiste a pesar del finalismo y más allá de él". 18

18 HERNANDEZ, Op, Cit, p 200

2. EL HECHO PUNIBLE EN LA DOGMATICA PENAL COLOMBIANA

El Código Penal en su título III bajo el epígrafe del hecho punible, expone en el siguiente orden toda la teoría del delito, en el Capítulo I, se estudia la clasificación tiempo y forma del hecho punible, en el capítulo II se estudia el dispositivo amplificador de la tentativa, en el capítulo III la participación, en el Capítulo IV el concurso de hechos punibles, en el capítulo VI la imputabilidad en el capítulo VII por último se estudia la culpabilidad en sus tres foirmas: de Dolo, Culpa y Preterintención.

En sentido estricto el hecho punible se define en el título I capítulo único del código penal, que lleva el nombre de las normas rectoras de la Ley Penal Colombiana, en el siguiente orden lógico:

Art.2º: Hecho punible; Para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable.

Art.3º: Tipicidad: La Ley Penal definirá el hecho punible de manera inequívoca.

Art.4º Antijuridicidad: Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesiones o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley.

Art.5º: Culpabilidad: Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad, queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

El Art. 2º utiliza el término de hecho punible, como es sabido la palabra hecho, encierra tanto la acción como el resultado, no obstante seguidamente debe hablarse de conducta para abarcar las formas positivas y negativas de esta, es decir, la acción y la omisión, fácil es de anotar que el código penal colombiano es de orientación netamente dogmática, pues para que se de la punibilidad como consecuencia del hecho, este debe ser al tenor claro del Art.7º típico, antijurídico y culpable, debe anotarse también que la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, son elementos indisolubles que no se pueden tomar aisladamente sino en forma conjunta para poderle dar el colorido del juicio a la conducta.

El Art. 3º ha sido escrito en cuanto que está en forma de mandato para el Legislador, y peligraría la administración de justicia si se le diera una interpretación extensiva, además utiliza el término definirá incurriendo en un error puesto que el hecho punible no se define sino que realiza para efectos de la adecuación típica. El primero de la

tipicidad es el más clave para la elaboración de un derecho penal de acción, siempre y cuando el Legisla dor no pueda erigir como conducta punible cualquier mo tivo, puesto que así estaría sancionando conducta que no logran lesionar ningún bien jurídico material, y estaría en la plena arbitrariedad y fuera del estado del derecho.

El art. 4º establece el principio de la antijuridicidad material, pues requiere que la conducta positiva o nega tiva lesione o ponga en peligro el interés jurídico tu telado por la Ley, con esta caracterización del bien jurídico se está exponiendo con claridad el contenido jurídico del bien tutelado por la Ley penal, así el que brantamiento no hace relación sino a bienes tutelados en otras leyes del ordenamiento positivo.

El Art. 5º expone la culpabilidad como juicio prevalente para efectos de la rsponsabilidad penal, por cuanto que la imputabilidad es un precedente forzado en el análisis de la culpabilidad, esta puede tomar la vía de la pena o de la medida de seguridad, a importancia de este princi pio se remata en la proscripción tajante de toda responsa bilidad objetiva que no conlleve ningún vínculo sicoló gico entre el autor y el resultado de la acción.

Toca a la Doctrina y a la Jurisprudencia hacer el esquema del delito dentro de la interpretaciones teleológicas, para la aplicación racional de las normas del código a los casos concretos, y hallar dentro de estas aplicaciones un principio que unifique los criterios en torno a nuestras instituciones penales.

2.1. LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL CODIGO PENAL DE 1980

La idea de los principios rectores del código penal surgió de la necesidad de ampliar la base del principio de reserva delimitado en las tres formas conocidas de garantías basadas en el principio de la legalidad, el de la irretroactividad de la Ley, y por último el de la igualdad de las personas ante ella, debían incluirse además, todos los principios inherentes a toda la legislación dogmática del Derecho Penal y fundamentos estos principios como Leyes penales obligatorias, en el sentido de que:

Los frecuentes desvíos del poder político aconsejaban una fórmula que fuera más allá del simple señalamiento de la Ley previa para efectos del castigo correría añadir que esa fórmula debía contener requisitos técnicos más complejos y en su conjunto, garantizadores de los derechos de las personas frente al Estado. ¹⁹

¹⁹PEREZ, Luis Carlos. Derecho Penal, Bogotá, Temis, 1981, P 62

La consecuencia jurídica se centraba sobre dos aspectos importantes, primero el que los principios rectores no serían simples reglas enunciativas, sino Leyes que se proyectaban a la interpretación y a la exégesis sobre todas las instituciones penales positivas, tanto para las indagaciones penales positivas, tanto para la indagación valorativa del delito, como para la imposición de la pena. Es decir, debían sustentar todas las materias propias de una Legislación Penal completa, pues estos son: "Una serie de principios que sirven como criterio orientados de la interpretación y aplicación de la Ley Penal". 20

Y no podía ser de otro modo por cuanto que esas normas rectoras de la Ley Penal se proyectan: "Sobre todo el código y se aplican a todas las leyes penales y disciplinarias así sean excepcionales o temporales". 21.

Quedan así resueltas las incongruencias en lo que se relaciona a normas penales de caracteres especial o leyes de excepción como consecuencia del estado de sitio, las derivadas de las discusiones en el sentido de que hasta que punto los redactores al incluir estos principios res

²⁰ESTRADA VELEZ, Federico. Proyecto de Código Penal. Revista Nuevo Foro Penal, V. 7-2, 1979, Medellín, Profesional, 1979, Trimestral, P 53

²¹Ibid, P 53

petaron la estructura culpabilista del mismo código. Es de advertir que es a la doctrina y a la jurisprudencia a la que corresponde llenar los vacíos que en una u otra forma se escaparon a los redactores, esto a lo que se refiere a la concordancia de estos principios y el esquema del delito propuesto por las confecciones doctrinarias y jurisprudenciales, pues no podemos olvidar que estos principios rectores son: "Cristalización o desarrollo de cañones constitucionales y responder a los modernos textos internacionales sobre los derechos humanos de carácter civil y político". 22

Y teniendo presente que estos principios rectores no pueden interpretarse en forma aislada, sino mirando el conjunto de las instituciones y la prevalencia que cada uno de ellos contiene en sus aspectos programáticos y enunciativos, con las demás normas del Código Penal vigente, la tarea sin duda alguna resultará ardua y fructífera para el desarrollo de la dogmática Penal Colombiana.

Los principios establecidos en la parte general del código son los siguientes artículos: - Legalidad, - Hecho punible, - Tipicidad, -Antijuridicidad, -Culpabilidad, -Favorabilidad

²²FERNANDEZ, Juan. Juan. El Nuevo Código Penal y sus Principios Rectores. Revista Nuevo Foro Penal. V, 8-3, 1980 Medellín, Profesional, 1980, Trimestral, P 115

-Exclusión de la analogía, -Legalidad ante la Ley, -
Cosa Juzgada, -Conocimiento de la Ley, -Juez Natural,
-Función de las penas y medidas de seguridad.

Estudiaremos especialmente por considerarlo de capital importancia, los principios del Juez natural y de las funciones de la Pena y las medidas de seguridad.

"El Principio del juez natural, está enunciado en el siguiente texto: Art. 11 Nuez Natural, Nadie podrá ser Juzgado por Juez o Tribunal especiales instituídos con posterioridad a la comisión del hecho punible, ni con la violación de las formas propias de cada juicio". 23

La palabra nadie, es excluyente en el sentido que no son sujetos de sanción por tribunales especiales instituídos con posterioridad al hecho, ni con la violación de las formas propias de cada juicio, ninguna persona natural o extranjera siempre que tenga la capacidad de ser imputable, por cuanto que la atribución del juzgamiento reside en las normas delimitadoras de las competencias atribuídas a las diferentes jurisdicciones, con las retribuciones establecidas en el código de procedimiento penal. Estas dos prohibiciones tienen relación directa con los art. 26 y

²³PEREZ, Op, Cit, P 75

28 de la Constitución Política como formas de garantías.

El desconocimiento de este principio universal ha llevado a consecuencias funestas, como el tratado de extradición suscrito por nuestro país con los Estados Unidos de Norteamérica, en el cual Colombia acepta la extradición de los propios Nacionales, para ser juzgados por jueces y leyes que su estructura sociológica están alejadas de nuestra cultura y ordenamiento jurídico penal, con flagrante violación de la norma expresa prohibitoria establecida en nuestra Carta Magna.

El principio de las funciones de la pena y de las medidas de seguridad está anunciado en las siguiente forma:

Art. 12º: "Función de la pena y las medidas de seguridad. La Pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora, las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación".

La idea de la retribución como fundamento de la pena y por ende de la prevención general, ha tenido innumerables opositores en esta época, especialmente por el surgimiento de la llamada nueva escuela de la defensa social, como valoración depurada del positivismo que pone total acento en la prevención especial, como instrumento idóneo y científico

de la defensa social. No obstante son muchos y no los menos autorizados como juristas, los que definen el dogma de la retribución, ataques que irán hasta la exigencia de dividir el código penal en dos vertientes, una valorativa del delito, y otra ejecutora de la pena, y defensa en relación a la estructura lógica de las relaciones entre el delito y la pena.

No obstante debemos advertir, que entre retribuciones y prevención existe una profunda diferencia de fines, por cuanto que el dogma de la retribución está inspirado sobre la idea de una justicia abstracta, en relación de una simple e incolora proporción del delito con la pena que se impone. Este concepto de carácter teológico no superado aún en las consecuencias modernas de la sociología jurídica, ha traído un proceso de petrificación del Derecho Penal, como instrumento de función social, por cuanto que los sistemas carcelarios en vez de procurar la enmienda del reo, lo degrada hasta convertirlo en objeto de rechazo por parte de esa misma sociedad que lo condena. El aumento irracional de las penas como secuelas de este sentimiento inútil de castigo, desconoce los verdaderos fines morales a los que debe dirigir la pena, cerrando ostensiblemente las puertas a una sana política criminal, que no cierre los ojos ante la evidencia de la necesidad de resocializar al hombre y no cometerla en un factor

deshumanizante e infernal.

Es de común argumento el que no se pueden romper las relaciones lógicas u jurídicas entre delito y pena, pero no es menos cierto que el derecho penal es un derecho actuante, que debe ponerse a la búsqueda de un valor ético-social con el instrumento de la prevención especial ética que debe materializarse no ya sobre una idea abstracta, sino sobre la base científica de la ejecución de la pena. La intimidación de la prevención general ha tenido una influencia nociva en el mismo angulo que ha tenido las penas privativas de la libertad, esta intimidación ha tenido verdadera función en momentos determinados de la evolución social, pero ante el avance de nuevas y sofisticadas formas del delito, en los cuales el beneficio desplaza la aflicción de la pena, ha ido carcomiendo las bases de este pesado dogma, que en vez de apartar al hombre del delito se ha convertido en un inobjetable factor de criminalidad, las demás funciones que la norma en laza con el principio de la retribución son postulados que la práctica niega puesto que: No es posible resocializar a quien partió de la degradación colectiva para volver a ella, a través de ese abyecto mecanismo que no es sino parte de las instituciones generales; la carcel". 24

²⁴Ibid, P 85

En síntesis pues, la pena debe mirar al hombre, sin tomar partido por filofías o escuelas, es decir, la pena debe servirle de algo al espíritu del delincuente, debe ser el más alto principio humanístico del derecho penal.

2.2. CLASIFICACION DEL HECHO PUNIBLE.

Grande fué la controversia sobre las diferencias y características entre los delitos y las contravenciones, generalmente esta polémica fué analizada sobre criterios insuficientes para unificar en una naturaleza ontológica idéntica estos dos fenómenos jurídicos, así fué como surgieron 2 sistemas de clasificación del delito, el primero que fué el tripartita y el segundo que el bipartita escogió para nuestro Código Penal vigente. El sistema tripartita dividía el delito en crímenes, que era la conducta más grave que podía cometerse, delitos que propiamente dichos, que era una infracción, que se consideraban conductas indiferentes y sin moralidad. El sistema bipartito hablaba de delitos y contravenciones úniamente, con las connotaciones anteriormente anotadas para cada una de ellas.

Aceptada por la mayoría de las Legislaciones al sistema bipartita, se entró a discutir sus diferencias esenciales y por último su consideración ontológica unitaria de esta forma buscó el fundamento culpabilidad en las contravenciones

erroneamente edifica sobre los presupuestos de la responsabilidad objetiva. En cuanto se refiere a los caracteres de diferenciación podemos distinguir los más importantes criterios que son:

- El ataque en el delito se dirige a sentimientos por parte del Estado, mientras las contravenciones son simples infracciones de normas utilitarias de convivencia social que no lesionan este sentimiento.

- Los delitos lesionan o ponen en peligro el bien jurídico tutelado por la Ley, -antijuridicidad-, mientras que las contravenciones violan apenas un reglamento de carácter administrativo.

Es evidente la inutilidad de estos dos criterios en nuestro código penal, puesto que al unificarse los dos fenómenos dentro del concepto de hecho punible, reside también en las contravenciones el elemento de referibilidad culpabilista, basada en sus formas de dolo, culpa y preterintención. No obstante esta caracterización de la naturaleza de las contravenciones, esta fué analizada especialmente por las teorías de la responsabilidad objetiva, la de la conducta indiferente, la de la presunción de culpabilidad y por último la de la culpabilidad normal, que es la tesis acogida por el código penal colombiano en los siguientes

Art. 2º; "Hecho Punible, Para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable". Y más adelante se refiere al principio de la culpabilidad en el siguiente artículo:

Art. 5º: "Culpabilidad, para que una conducta típica, antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad, queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva".

Además, como desarrollo del principio enunciado en el anterior artículo se establecen las formas de la culpabilidad de la siguiente manera:

Art. 35: "Formas. Nadie puede ser penado por un hecho punible, sino ha sido realizado con dolo, culpa o preterintención". Así queda plasmado el principio de la culpabilidad en las contravenciones, al tenor del siguiente artículo que hace la división del hecho punible:

Art. 18: "Delitos y contravenciones. Los hechos punibles se dividen en delitos y contravenciones".

En resumen tenemos que la locución hecho punible establecida en el art. 2º introduce el tratamiento culpabilista de las contravenciones en razón que el art. 18, divide el hecho punible en delitos y contravenciones, y el

art. 35, que especifica las formas de la culpabilidad, en dolo, culpa y preterintención, además, esto queda fuertemente reforzado por la última parte del art. 5º, que el prescribe tajantemente toda forma de responsabilidad objetiva.

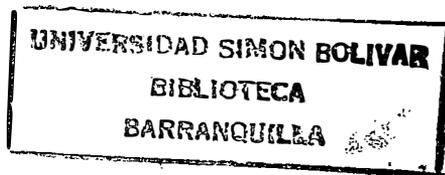
2.3. FORMAS DEL HECHO PUNIBLE

La contrariedad naturalista existente entre la acción y la omisión, ha sido expuesta a través de toda la elaboración teórica del hecho punible, en primer lugar, la necesidad de encontrar un enlace superior entre la acción y la omisión, basada en la visible antítesis del hacer y del no hacer que indudablemente desde el punto de la relación causal naturalista, y de la naturaleza jurídica de la omisión, presentaba serios problemas y grandes confusiones.

El primero en ahondar este problema fué Gustavo Radbruch que se opusó insistentemente a la utilización unitaria del concepto de acción, implicando en su sentido natural el de omisión que es un non facere consideraba que los delitos omisivos propiamente dichos, constituían una categoría autónoma frente a los delitos de comisión, debiéndose aceptar como efectivamente se acepta la moderna doctrina de la acción final, que la acción y la omisión debían estar una

al lado de la otra sin conexión entre sí aunque para los finalistas el problema de la acción y la omisión no consiste en la relación naturalista del cambio en el mundo exterior, sino en la imposibilidad de que en la omisión pueda darse una verdadera voluntad final en razón del resultado, esta conduce a la doctrina finalista a dividir la teoría del delito en dos: Una para los delitos de acción y otra para los delitos de omisión, no obstante a este modo de concebir la omisión ha sido blanco de fuertes críticas por parte de Mayer, Von Hipel, Graff Zu Dohna, Alfred Köhler, Belin, y Mezger, en la doctrina Italiana han reaccionado, Massari, Delitalia, y Grispigni.

La primera tentativa tendiente a reconocer en la omisión una entidad física, proviene de la teoría del aluid face re, es decir, se concibe la omisión como el hacer lo contrario de lo que se ordena en base a la exigibilidad del deber, así, se encuentra el principio unificador en la conducta humana, entendida esta, como desenvolvimiento personal y permanece ante el mundo físico y el de los valores, en donde la omisión tiene su realidad, concretándose sobre las teorías axiológicas de Frank, esto es su existencia puramente normativa. En este sentido la conducta humana aparece como una ficción, puesto que, esta conducta es omisiva solo cuando se expresa en la contrariedad del deber jurídico, o exigibilidad de la norma



expresa de prohibición. Demostrándose claramente la insuficiencia del concepto causal naturalista para explicar el nexo en los delitos omisivos. El código penal incluye como punibles los hechos realizados por acción o por omisión, con el siguiente texto: Art. 19: Acción y Omisión. El Hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión aunque en el precedente artículo no se habla de conducta, nótase que si se habla de ser realizado como sinónimo y principio superior de enlace. Esto queda suficientemente aceptado porque los Art. 2º, 4º y 5º, hablan expresamente de conducta, tanto en la definición del hecho punible, como en los elementos propios de la anti juricidad y la culpabilidad.

2.4. TIEMPO DE REALIZACION DEL HECHO PUNIBLE

Bastante conocido son los fenómenos de la proyección de la ley penal en el tiempo y en el espacio, estudiaremos el primer fenómeno, ya que el segundo se escapa del objetivo de este estudio.

Art. 20º. Tiempo del hecho punible. "El hecho punible se considera realizado en el momento de la acción o de la omisión, aún cuando sea otro el del resultado". De este enunciado se establece claramente que el resultado de la acción o de la omisión no es el delito, porque se conside

ra realizado en forma ficticia, en el momento de la acción o de la omisión, descartándose que el resultado vaya implícito en la acción, puesto que el agregado aún cuando sea otro el del resultado excluye esta posibilidad, esta construcción debe aceptarse, aún cuando sea una ficción que la Ley establece a favor de un derecho penal de acción, puesto que en la realidad natural no se puede hacer esta separación abstracta, y teniendo en cuenta que este artículo debe estudiarse en consonancia con la teoría de la ubicuidad establecida en el art. 13 y el art. 21 sobre el nexo de causalidad jurídica, además, este instituto es un nuevo soporte en lo respecta la exclusión de responsabilidad objetiva basada esencialmente en el resultado dañoso. Concluimos que es la ley la que determina la fuerza consumativa aunque ontológicamente no sea así, queda en esta norma la clara dirección de un derecho penal de acción, en contraposición a un derecho penal de resultado.

2.5. EL NEXO DE CAUSALIDAD DEL HECHO PUNIBLE

En este aspecto de la teoría del delito el avance en nuestro código penal es indudable, puesto que define claramente el problema teórico a que se vió sometida no sola la doctrina, sino la jurisprudencia, en lo que se refiere a la naturaleza del nexo en su sentido naturalista.

Art. 21 Causalidad. "Nadie podrá ser condenado por un hecho punible si el resultado del cual depende la existencia de este, no es consecuencia de su acción y omisión, cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo".

A primera vista podría decirse que este artículo consagra la forma de la causalidad material, pero no es así, puesto que no se forma partido por ninguna de las teorías existentes a este respecto, ya vimos que el art. 20, considera realizado el hecho en el momento de la acción o de la omisión aún cuando sea otro el del resultado, aceptándose que no todos los delitos tienen un resultado instantáneo, así el resultado dado en el momento cronológico subsiguiente del cual depende la existencia de este, o sea del delito debe ser consecuencia de su acción u omisión, o sea que en el art. 20 se crea una ficción para salvar la unidad del hecho punible, es, acción y resultado en el tiempo, y el art. 21 establece el nexo en la forma inmediata del resultado antepuesto a la acción o a la omisión. El nexo es pues jurídico porque la condena como base del juicio de responsabilidad, es sobre la conducta típica, antijurídica y culpable, que son los elementos integrantes del hecho punible, aunque el término consecuencia tenga connotación material o naturalista.

El segundo inciso hace relación en forma clara y precisa al nexo de causalidad en la omisión, son tenida en la base de la existencia normativa de esta, puesto que deber jurídico es una noción que no da lugar a equivocación, quedando por fuera aquellos deberes que no están en el marco de la orientación típica, que puedan dar lugar a un resultado que el agente no está en la obligación de impedir, la Ley crea otra ficción puesto que falta de entidad física de la conducta negativa no conlleva la realización de un resultado, la Ley lo considera equivalente a su producción, cuando el agente teniendo el deber jurídico de impedirlo estando en posibilidad normal de hacerlo con su conducta ajustada a derecho, ejecuta una contraria a la exigibilidad de la norma.

2.6. FORMAS EXTENSIVAS O AMPLIFICADORAS DEL HECHO PUNIBLE

El Capítulo II, III, y IV del Código Penal, trae en orden las instituciones llamadas dispositivos amplificadores del tipo, en cuanto que son conductas autónomas que no están reguladas en la parte especial, y que envuelven actividades punibles en relación a las formas impropias de la consumación en el caso de la tentativa, la concurrencia de varias personas en la comisión del hecho punible en el caso de la participación y la naturaleza de quebrantamiento de varios intereses jurídicos tutelados en el caso del concurso de

delitos. Estudiaremos por separado cada uno de estos aspectos.

2.6.1. La Tentativa

La larga discusión de la diferencia entre actos preparatorios y actos ejecutivos, ha llevado a la doctrina a los más dísimiles criterios que en el transcurso de la evolución eminentemente normativa y autónoma, como de la garantía política dogmática de la diferenciación entre actos preparatorios y actos ejecutivos, nuestro código regula el instituto en la siguiente forma:

Art. 22: Tentativa. El que iniciare la ejecución del hecho punible, mediante actos idóneos e irregularmente dirigidos a su consumación, y esta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo de la señalada para el delito consumado.

Nuestro código acoge el criterio del comienzo de los actos ejecutivos con la exigencia de que iniciare la ejecución, dejando por fuera la punibilidad de los actos preparatorios como garantía político dogmática, puesto que estos no llevan en sí la potencial idoneidad ni la inequívocidad para poner en peligro el bien jurídico tutelado. Es de anotar que este criterio de diferenciación entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos, ha tenido también sus críticas, en el sentido de que en la

práctica puede llevar a soluciones manifiestamente comprometedoras de esa misma protección efectiva que la Ley quiere establecer en relación a ciertos actos, así por Ejemplo, se ha dicho que: "El error consiste en la posibilidad de reducir la noción de acto, en la tentativa, al momento inicial de la ejecución del hecho previsto en la Ley como delito". 25

La imposibilidad se palpa al tenerse que valorar en forma absolutamente necesaria, un acto que tiene la naturaleza de preparatorio en un momento antecedente al inciso de la ejecución, puesto que si tenemos en cuenta que: "El cambio normativo de la tentativa resulta mucho más amplio que la noción de principio de ejecución". 26

El problema no se resolvería en el plano de la distinción entre actos preparatorios y los ejecutivos, sino decidir en la valoración normativa de ella, que actos deben castigarse y cuales dejarse impunes por no tener carácter que atribuirle al sujeto.

²⁵ SACARANO, Luigi. La tentativa. Traductor. Luis Romero Soto. Bogotá, Temis. 1960, P 50

²⁶ IBID, P 49

Esta disposición de la doctrina Italiana es la misma sostenida por la Alemana en lo que respecta al finalismo y con Wezel, Weber, Dhona, sus concepciones sobre el instituto surgen en los siguientes puntos:

"La Ley caracteriza la tentativa como el hecho de poner en ejecución una determinación dirigida a cometer un delito. Como consecuencia de esto es que la tentativa solo puede determinarse desde el punto de vista de la voluntad del agente es decir, solo subjetivamente". 27

Fácilmente criticable es una concepción subjetiva en lo que respecta a la punibilidad en la tentativa, sin tener en cuenta el carácter objetivo de la lesión, o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, puesto que como anotaba Malo: "Los actos ejecutivos solo cuando van dirigidos a la activación de la acción descrita en el tipo legal, es decir, el inciso de la objetivación de la acción típica". 28

Por cuanto que la acción tiene que estar revestida del juicio de idoneidad e irregularidad para que no sean punibles

27 BUSCH, Richard. Modernas Transformaciones en la Teoría del Delito. Traductor. Vicente Castellanos, Bogotá, Temis, 1976, P 26

29 MALO C, Gustavo. Tentativa del Delito. México, Univ. Nacional Autónoma de México, 1971, P 58

las tentativas inidóneas o delitos imposibles, como acciones que no pueden lesionar o poner en peligro el orden jurídico, no puede aceptarse referir la peligrosidad de la acción al autor, o a la realidad y validez del orden jurídico, sin atender a su idoneidad concreta para exponer el objeto de su agresión,

2.6.2. De la Participación

Art. 23: "Autores. El que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo incurrirá en la prevista para la infracción".

Art. 24: "Cómplices. El que contribuya a la realización del hecho punible o preste ayuda posterior, cumpliendo promesa anterior del mismo, incurrirá en la pena correspondiente a la infracción disminuída de una sexta parte a la mitad".

De la exposición de estos artículos se concluye que el código penal establece, las categorías de cómplices, haciendo innecesaria la diferencia en el grado de la ayuda prestada para la comisión del ilícito, que en la práctica se pretaba de incongruencias.

Autor es el que realiza el hecho punible adecuando su

conducta a un tipo penal determinado, coautor es el que realiza el hecho asociado con otro u otros sujetos y obrando en forma directa y personal, el coautor debe asimilarse al autor, puesto que este acude consciente y voluntariamente a la realización del hecho como propio, distinguiéndose del cómplice, quien actúa con fin distinto, excepto cuando lo hace cumpliendo promesa anterior al hecho. En cambio, la categoría del determinador debe entenderse como partícipe, aunque la norma lo equipare con el autor para efectos de la pena, en el sentido que:

Solo es autor el que realiza la figura punible por lo tanto el determinador, que no concurre a esa realización, es un partícipe. La acción de determinar, del Latín determinare, señala los términos a que se acoge una persona para mover la voluntad ajena, revestida de superioridad suficiente o de poder para cumplir algo, partiendo prácticamente de la nada. 29

Así queda destruída como categoría específica la del llamado autor intelectual, no obstante ha de advertirse que las relaciones entre autor y determinador, debe conocerse para efecto de la prueba la forma de aplicación de la fuerza determinante o la capacidad para llevar la ejecución del hecho punible, por manos del autor propiamente dicho. En la doctrina de la participación ha entrado acertadamente el criterio del principio de ejecución como límite de la punibilidad, en el sentido de que en la hipótesis de comi

²⁹PEREZ, Op,Cit, P 388

de un delito, por obra de varias personas la tipicidad de los actos efectuados por cada una de ellas podrá afirmarse o negarse solamente si los actos, o el acto en cuestión, aparecieron como típicos en un proceso de ejecución monosubjetivo, porque a lo contrario resultaría que: "El principio de legalidad resultaría en efecto, violado si los coarticipes pudiesen ser llamados a responder por un hecho que no configura una hipótesis de delito si hubiera sido cometido por un solo sujeto".

Importante es destacar igualmente que la locución hecho punible con toda la significación dogmática debe entenderse solamente como dominio del hecho sin atender al concepto de la responsabilidad, como único medio de esclarecer las categorías del autor, por cuanto que entendido el autor en este sentido estricto entra la coarticipación sin ningún problema teórico en el fenómeno de la culpabilidad, como existencia de una animus concurrendi, entendido como un querer formar parte activa en el hecho punible, en el que intervienen los demás.

2.6.3. Del concurso de Hechos Punibles

³⁰LATAGLIATA A, Rafaele. El Concurso de Personas en el Delito. Traductor. Tozzini. Buenos Aires, De Palma, 1967 P 45

Este instituto que el Código de 1936, se presentaban muchas confusiones, está unificado en una forma clara y práctica en los siguientes artículos:

Art. 26: Concurso de hechos punibles. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la Ley Penal o varias veces la misma disposición quedará sometido a la que establezca la pena más grave, aumentada hasta otro tanto.

Art. 27: Regulación de la punibilidad en el Concurso. Lo dispuesto en el artículo anterior se aplicará cuando los hechos punibles se juzguen en un mismo proceso y las penas imponibles, sean portadoras de la libertad o puedan acumularse.

Art. 28: Límite a la pena aplicable en el Concurso. La pena aplicable en el concurso no podrá ser superior a la suma aritmética de las que corresponden a los respectivos hechos punibles. En ningún caso la pena privativa de la libertad podrá exceder de 30 años.

El artículo 26 deja sin vigencia práctica la diferencia entre concurso ideal y concurso material, en virtud de la unidad jurídica y procesal de su regulación en el art. 27 puesto que deben juzgarse estos hechos punibles en un mismo proceso, que las penas punitivas sean acumulables, y que todas sean privativas de la libertad, esta unidad procesal está íntimamente ligada con la jurídica, en cuanto que el criterio de que la acumulación de la pena es aritmética pero sin exceder de 30 años, debe aclararse sin embargo que la unidad procesal no es en ninguna manera condición necesaria para la existencia del concurso, sino

una garantía lógica de este, en el sentido de que en esta forma se evita que se den fallos contradictorios, como también que las acciones u omisiones se cometen en el mismo contexto de tiempo y espacio, situación que hace viable la existencia procesal del concurso, en este sentido queda eliminada la figura del delito continuado en el contexto de actividad violatoria permanente considerado como un solo hecho.

El término acción u omisión debe entenderse en su sentido naturalista, puesto que estos, no alcanzan a ser hechos punibles, aún cuando debe entenderse el tenor del artículo 19 que el hecho punible puede realizarse por acción u omisión, la acción es el género y el acto la especie.

3. ANALISIS DOGMATICO DE LA ESTRUCTURA DE LA ACCION

No obstante la utilización en la dogmática de las palabras hecho, acción y acto, existen diferencias formales entre ellas que pueden resumirse así: Por hecho se designa en su sentido genérico todo acontecimiento, nazca de la mano o de la mente del hombre, acaezca por caso fortuito, mientras que por acción se entiende voluntades jurídicamente significativas, el acto es parte integrante de la estructura de la acción en cuanto que acción es el género y acto es la especie, desde luego podemos hablar de acción ingenerere y de comisión y omisión como sus formas específicas, pero acción, puesto que es efecto de hacer en nuestra lengua solo con violencia podrá servir para indicar el no hacer, en cambio acto aunque aparezca como sinónimo de acción, también lo es de hecho y posee más elasticidad semántica. La palabra hecho desde Wezel responde a algo más que un cambio de palabras, puesto que hecho engloba las acciones o actos junto con el acontecimiento o resultado, entendiéndose por conducta positiva - acción - o negativa - omisión-, un fenómeno de permanencia personal.

La doctrina del acto es fruto de la doctrina Alemana y se instala por primera vez en la sistemática jurídica penal con Von Lizts, aunque podemos citar como precursores a Ernst Ferdinand Kelin y Henrich Luden que fué el primero que se ocupó de la omisión y la causalidad. El término conducta es sistematizado especialmente por Jímenez Huerta y Novoa Monreal, en la doctrina Italiana, Antolisei, Grispigni, y aparece ya en los juristas Alemanes Wolf, y Beling.

En el transcurso de la evolución dogmática se han discutido varios aspectos de este en relación a la teoría del delito, lo que se ha denominado la problemática del acto. En primer lugar, se ha discutido por parte de los Hegelianos como Abegg, Breuer, y Kotler, estos consideran el acto no desde un punto de vista naturalista e incoloro sino como un concepto valor, en el sentido de que no toda conducta humana puede considerarse como acción para el derecho pues solo se estima como tal el acto imputable, lo que no es imputable no puede llamarse acción, así puede decirse que solo lo que es imputable, es acción, en este sentido habló Maggiore de imputabilidad universal.

Por lo tanto, siguiendo en este concepto de acción sobre la base de la filosofía de los valores de Stamler, partiendo de que un puro concepto de acción fracasa ante la culpa y la omisión, buscando el con

cepto superior, o característico común en el carácter de la unificación, llegando así a un concepto valorizado o que se dirige al objeto de la valoración. 31

En este sentido define Dhona el delito como conducta imputable que infringe la norma.

Se llega a un concepto de acción valorizado de antemano en lo social. "En cuanto que la acción no se determina desde el ángulo natural sino social, y se vincula lógicamente a la antijuridicidad". 32

La teoría sistemática del acto tiene sus raíces en el positivismo con Eugenio Florián, Kolman, esta parte de la idea de que el elemento físico del delito no tiene un significado por sí mismo autónomo, sino que debe entenderse más modestamente como signo y manifestaciones de la personalidad y de la peligrosidad del delincuente, así el delito es un hecho que revela al hombre, el hecho por tanto debe considerarse en relación al sujeto.

La teoría del acto acromático y la valoración de primer

³¹JIMENEZ, Op, Cit, P 351

³²Ibid P 352

grado nace del concepto naturalista de Beling, al lado de la concepción valorativa del acto culpable de Binding así en el acto solamente existe la voluntariedad analizándose valorativamente su contenido como por intención, etc, en la etapa del juicio de culpabilidad.

Welzel con la teoría de la acción final, en la cual lo que importa es el contenido de esta para determinar los medios para alcanzar un fin determinado de antemano, hace una escisión inevitable entre acción y omisión, puesto que esta no puede concebirse como actividad de voluntad final.

Podemos citar como elementos del acto, la manifestación de la voluntad, como actividad externa del hombre el resultado que es el cambio en el mundo exterior, causado por la voluntad, y el nexo de causalidad que es la relación natural entre la causa y el resultado o efecto, y por último el daño que es la más característica forma del resultado materialmente concebido como lesión efectiva o potencial.

Por último aceptamos que la acción debe estudiarse no como un elemento de la tipicidad sino como un problema pre típico ya que solo pueden tipificarse las acciones socialmente lesivas y no, cualquier acción que no tenga interfe

rencia intersubjetiva con cierta relevancia perturbadora de la paz social, porque así indudablemente, "Al poner como soporte de la valoraciones objetivas y subjetivas que luego han de converger en él, el acto humano mantiene solidamente los principios liberales que deben inspirar en nuestra Legislación." 33

3.1. NOCION DEL ATRIBUTO DE EXTERIORIDAD

La distinción entre moral y derecho penal ha sido constantemente sostenida por la moderna elaboración dogmática y del delito, a este respecto podemos asegurar que el derecho es:

La defensa del orden externo sobre la tierra la que corresponde a la autoridad, la tutela del orden interno no le corresponde más que a Dios, se sustraen al dominio de la Ley toda la serie de momentos que integran el acto interno: pensamiento, deseo, proyecto y determinación, mientras no hayan sido llevados a su ejecución". 34

Fácilmente se puede observar que las esferas en que se desarrollan las Leyes positivas difieren en proyecciones de las que se aplican en el mundo de la virtud y de la moral en sentido general, esta tiende a la perfección

³³Ibid, P 334

³⁴CARRARA, Francisco. Programa de Derecho Criminal, Traductor. Jorge Guerrero, Bogotá, Temis, 1956, P 37

del hombre, aquella a resguardar un orden formal de convivencia, desde este punto de vista el derecho se encuentra en la imposibilidad de castigar estas indicaciones internas, por la diferencia de objetos contradictorios entre sí, por esto el derecho solo puede castigar las acciones externas de los hombres, es decir, la materialización del pensamiento en una acción, porque esta es el signo visible de la voluntad y el querer del hombre, según la vieja fórmula.

Cogitationes poenam ne mo patitur, en que se expresa esta idea y que es sostenida por los juristas como una garantía de contención ante posible desbandes de legisladores, que querían indagar en la intimidad más recóndita del espíritu humano, con el fin de atentar contra la libertad de conciencia y de sancionar los pensamientos y las ideas. 35

Por esta fundamental razón es inaceptable para la vigencia ciertas garantías de la personalidad, cualquier defensa del llamado derecho penal de autor, en cuanto que este disminuye el valor del bien jurídico y erróneamente "se empeña por disminuir la importancia de lo exterior del hombre en el delito y realizar, al mismo tiempo, el valor

³⁵NOVOA MONREAL, Eduardo, Causalismo y Finalismo en Derecho Penal. Bogotá, Temis, 1982, P 80

³⁶Ibid, P 81

El juicio de valor de lo exterior de la acción es lo que marca la pauta de la responsabilidad culpabilidad, en relación a un hecho típico y antijurídico, esto es, como lesión o peligro de un bien jurídico tutelado por la Ley.

El derecho no puede extraer consecuencias punibles de la simple determinación que no conlleva un carácter de modificación en el mundo externo, esto para garantía del hombre y para aumentar la naturaleza positiva del Derecho Penal.

3.2. NOCION DEL ATRIBUTO DE IDONEIDAD

El atributo de la idoneidad de la acción hace relación a que no basta una causación externa o hecho típico, sino que además debe tener el carácter de idonea para producir un resultado jurídicamente relevante, quedando por fuera de la punibilidad los hechos inofensivos e inocuos.

Así como el delito imposible puesto que no se puede comenzar sino aquello que es posible llevar a cabo, se ha negado incluso y se ha discutido en la doctrina que el carácter idoneo sea intrínseco a la acción, así como la naturaleza objetiva de la idoneidad en relación a los medios y a la acción, en razón de que "Establecida la idoneidad del

medio usado para conseguir su propósito, es irrelevante la idoneidad intrínseca de la acción". 37

Debemos anotar que la acción es el género y el acto es la especie, por cuanto el juicio de idoneidad debe tener por objeto el tomar en consideración cada acto en su propia y específica función, y no debe ser enfocado más allá de ella, es la acción en conjunto, cuando sea completa, lo que debe ser referida al resultado objetivo final, esto en razón de que cada acto debe estar referido a una figura concreta a ir acompañada objetivamente a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la Ley.

El atributo de la idoneidad es una garantía firmemente establecida a favor de la impunidad de actos que no apuntan a un resultado dañoso o peligroso, estando esta idoneidad referida a la figura de la tentativa, concluimos que son idóneos los actos adecuados con orden al hecho o al devalor del delito consumado correspondiente.

3.3. NOCION DEL ATRIBUTO DE EJECUTORIEDAD

La noción del atributo de ejecutoriedad hace relación a

³⁷SCARANO, Luigi. La Tentativa. traductor Luis Romero, Bogotá, Temis, 1960, P 182

la no punibilidad de los actos preparatorios que por su naturaleza atípica no comportan una resolución dirigida a la consumación del delito, la doctrina se ha esforzado por encontrar un criterio acertado en lo que se refiere a la diferencia específica de estos actos, pero la uniformidad causal del iter-criminis, no puede encuadrarse en una fórmula normativa que deseche el valor del acto antecedente al inicio de la ejecución, por esta razón la tesis de los diferentes juristas han encontrado puntos de crítica esenciales no obstante, la uniformidad de la doctrina se centra en la no punibilidad de los actos preparatorios en vía de la defensa de la libertad individual puesto que de aquel que limpia un arma no puede decirse que tenga la intención de cometer delito de homicidio.

Estamos de acuerdo, como lo estuvimos en la tentativa que el criterio de idoneidad e inequívocidad que expresa nuestra fórmula de la tentativa, como criterio de la iniciación de la ejecución, tiene su fundamento en la actuación de la acción descrita en el tipo legal, es decir, el inicio de la objetivación de la acción típica, criterio este fundado en el principio de legalidad, ya que solo la acción iniciada encuadrable dentro del marco del modelo legal descrito en la norma penal, puede y debe ser punida de esta manera el comienzo de la ejecución se presenta como una referencia objetiva válida para la delimitación de

la tentativa punible, esto sin olvidar que el artículo 30 dice que la Ley Penal definirá el hecho de manera inequívoca, el Legislador no utiliza términos por usarlo, así tenemos que hay plena identidad entre este concepto con el expresado en el art. 22 del código penal, quedan así excluidos de la punibilidad los actos preparatorios de acuerdo a la tesis de Carrara, cuando aún estos no han salido de la esfera jurídica del agente y punible como ejecutiva, cuando pudiera considerarse que ocasione una lesión a la esfera jurídica del interés protegido de el sujeto pasivo del delito.

3.4. NOCION DEL ATRIBUTO DE SUBJETIVIDAD

La noción del atributo de subjetividad hace relación al aspecto interno del delito, y demás a la individualidad en el sentido del autor o partícipe. Estudiaremos el aspecto interno colectivo, ya que el segundo fué estudiado en las formas extensivas o amplificadoras del tipo.

No existe una culpabilidad colectiva; esta verdad nos obliga a indagar la subjetividad del hombre entendida como el conjunto de aptitudes intelectivas colectivas que determinan este importante aspecto del hecho punible, esto hace relación inescindible, a las formas del nexo voluntario entre autor y el resultado de su acción para

determinar el grado de responsabilidad que en virtud del dolo, la culpa o la preterintención es atribuible al sujeto. Este elemento subjetivo de la acción se determina en la segecis del hombre a través de ideación y la resolución que envuelve la representación del hecho y la voluntad o intención de realizarlo, esta es la más grande conquista del derecho penal moderno, puesto que significa la libertad del normalmente imputable, pues el tenor del art. 5º para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad, quedando proscriba toda forma de responsabilidad objetiva, propia de los estadios oscuros del derecho penal y sede de las más terribles tiranías. El derecho penal se atiene a la libertad del hombre para ejecutar bajo su responsabilidad los actos punibles, solo en base de esta libertad el derecho penal adquiere su verdadera faz ética y tiende a un orden realmente humano, por esta razón debemos rechazar cualquier intento de dosificar al hombre en un burdo determinante causal, puesto que así el derecho no estaría hecho para regular las conductas de los hombres sino para darle consecuencias a los hechos de la naturaleza, ya que el hombre se comporta ante los motivos, no ya como el animal que reacciona necesariamente a los estímulos, sino activamente escogiendo el camino de su actividad ante las infinitas posibilidades que se le presentan.

4. FUNCION DOGMATICA DEL PRINCIPIO DE LA EXTERIORIDAD

Si el delito es la fase de la conducta humana, es lógico suponer que no toda acción externa puede considerarse punible, esta función de exclusión de las conductas que no están tipificadas como delito, es la función del principio de la exterioridad que se eleva a través de las garantías materiales y formales establecidas en la Constitución Nacional a favor de la libertad y el orden social. Estas garantías están desarrolladas en la doctrina a través del concepto del hecho penalmente relevante, la inexistencia jurídica del delito de opinión, la excepción de las resoluciones manifiestas y la correspondiente adecuación típica de la conducta externa.

4.1. EL CONCEPTO DE HECHO PUNIBLE PENALMENTE RELEVANTE

El primer elemento constitutivo del delito es el hecho típico, es decir, ese conjunto de elementos materiales referidos a la conducta del agente que pueden ser subsumidos en un esquema de delito, la posición dogmática clásica

sica es clara a este respecto a partir de Beling que considera el tipo como Ratio cognoscendi, en el sentido de que este no tendría otro significado que "el de efectuar una reducción en el vasto ámbito de las conductas humanas, destinada a seleccionar aquellas que tienen relevancia penal y, en principio, podría generar esa responsabilidad." 38

Esta reducción basada en la objetividad del tipo, se mantiene aislada de cualquier valoración anterior a su antijuridicidad, por cuanto está constituida en simple indicio que buscaría el sentido de la prohibición del cual podrá surgir una conducta delictuosa, así la tipicidad como nota del concepto de delito cumpliría la finalidad de:

Filtro o cedazo que va a desviar de la atención del Juez penal todas aquellas conductas que la libre decisión del Legislador quiere excluir del área penal, por violatorias de las normas jurídicas que ellas sean y por censurables que aparezca la actitud anímica del sujeto que las realiza. 39

No obstante debe aclararse que la Ley positiva está construida en muchas legislaciones sobre la base de una regla excepción, esto es que conduce a toda conducta típica no amparada por una causal de justificación a ser valorada como antijurídica, su valor indiciario pasa

³⁸NOVOA, Op, Cit, P 23

³⁹Ibid, P 23

a convertirse en ellas en muy fuerte y directo convier-
tiendo la tipicidad en ratio essendi, por considerar la
tipicidad como el fundamento real y de validez para el
juicio de valor antijurídico, pudiendo así hablar de
tipo antijurídico o antijuridicidad tipificada a este
respecto se dice que las causas de justificación exclu-
yen la antijuridicidad pero esta exclusión si se sostiene
la existencia de los elementos normativos y subjetivos
del tipo, no puede darse sobre un contenido eminentemen-
te objetivo, pues sería necesario exigir elementos subje-
tivos en la justificación, siendo así que la valoración
de las conductas que son punibles, exigiría igualmente
que esos componentes síquicos se concreten en el sentido
de un conocimiento de las circunstancias objetivas de
justificación y del fin protectos correspondiente, esto
no es aceptable puesto que:

La antijuridicidad se convierte en regla general de
las conductas típicas a menos que, excepcionalmente
una causa de justificación las ampare, en tal caso
la antijuridicidad funciona como una regla excepción
de la tipicidad, puesto que toda conducta debe te-
nerse a la vez por antijurídica a no ser que concurra
la justificación. 40

Aceptándose la tesis de que la tipicidad es la razón esen-

40IBID, P 29

cial de antijuridicidad debemos aclarar que esta esencialidad no se funda en un juicio de valor sobre la conducta considerada en sí misma, sino en base a la adecuación de sus elementos componentes a un modelo legal descrito, para terminar con juicio ciertamente valorativo en relación de la lesión o peligro de carácter objetivo a que esta conducta típica llega, por medio de un componente natural a través de la tipicidad, y valorativo a través de la antijuridicidad, así esta razón esencial es importante para la determinación del hecho penalmente relevante, se considera como medio para el Legislador en el fin de abarcar la naturaleza punible de la acción, así debemos aceptar parcialmente que todo:

Hecho en cuanto debe ser firmado supone lógicamente una valoración; la verificación natural sobre la base de la experiencia sensible puede servir para descubrir los elementos particulares de que se compone el hecho, pero no alcanza por sí solo a configurar el tipo concreto que interesa al derecho penal. 41

En resumen, el concepto de hecho punible relevante queda sujeto a la unión o separación de la tipicidad con la antijuridicidad, en razón de su concepción como razón esencial o de conocimientos indiciarios de valoración y del objeto valorado.

⁴¹BETTIOL, Guisepe. Derecho Penal. Traductor. León Pájaro. Bogotá, Temis, 1965. P 194

4.2. LAS RESOLUCIONES MANIFIESTAS COMO EXCEPCIONES TIPICAS

Bajo el nombre de resoluciones manifiestas se conocen ciertas figuras típicas que son punibles, aún a la ejecución de actos externos, sino simplemente por meras manifestaciones de voluntad en un determinado sentido tipo penal, las cuales se encuentran penadas en virtud que el Legislador ha considerado de interés no solo la protección a un interés jurídico material, sino así mismo su sola puesta en peligro que supone el objeto de estas resoluciones. Estas figuras vienen señaladas en la parte especial del código en los casos de proposición, provocación, incitación, inducción, instigación, situado estos casos en la parte relativa a la exteriorización de los actos, es decir, fuera de la esfera de la fase interna y como parte de la fase externa.

Estos casos que rompen la regla de impunidad al simple pensamiento criminoso deben ser considerados como casos especiales, y no como criterio para conformar un principio general relativo a la ampliación de la ilicitud penal, puesto que si el Legislador ha considerado necesaria su configuración y punición, equiparando la sola manifestación voluntad como conducta que representa un peligro, a la conducta lesiva a un bien jurídico específico, en su esencia, como en la clasificación de los delitos de

mero peligro, se observa en la aclaración de la situación del peligro corrido a la del daño real ocasionado.

4.3. INEXISTENCIA JURIDICA DEL DELITO DE OPINION

La función del derecho penal es la de proteger un orden formal de convivencia entre los asociados, esa protección recae sobre bienes jurídicos consagrados en toda la Legislación positiva, comercial, laboral, civil, administrativa, etc, solamente la violación de un derecho consagrado a favor de la persona considerado en forma objetiva y tangible es objeto de reproche de la conducta, se escapan en un régimen democrático las opiniones sobre hechos y acciones de sus propios gobernantes, o en lo relacionado a su sistema de gobierno, pues el hombre por naturaleza de su sentido social extrovierte su capacidad de crítica para el mejoramiento de condiciones materiales de la vida esto hace parte de su esfera ético social y es contraria a cualquier reproche del derecho penal en aras de una sociedad actuante y libre, otra es que el derecho penal sirve a los deseos más oscuros de los tiranos de turno.

4.4. ADECUACION TIPICA Y CONDUCTA EXTERNA

Siendo el tipo de descripción objetiva externa y sin va

lor, la conducta debe encuadrarse en ella en lo respecta a los elementos materiales del hecho, de este modo la cuidadosa elaboración de estas descripciones objetivas no significa que cualquier conducta humana que se encuadre en ellas constituya delito, sino que permite una indagación posterior profunda que podemos llamar valorativa, en aras a verificar la conducta por sí misma y el de la descripción subjetiva de su autor, así como la reprobación que será el fundamento para una atribución de responsabilidad penal, así lo que podemos deducir de la tipicidad de una conducta y es que en principio ella tiene un interés para la Ley Penal, en cuanto a las sucesivas valoraciones posteriores deben sumarse a la pura verificación formal de la adecuación de la conducta al tipo, por esto en el tipo solo está lo externo material o perceptible de la conducta, además, el tipo, no posee función valorativa, es decir, es nuestro a la valoración de la antijuridicidad ya que la conducta típica tan pronto puede ser antijurídica como justificable, no obstante el finalismo sostiene un tipo de injusto con una significación subjetiva, debemos concluir que solo puede predicarse la existencia de un tipo subjetivo a partir de una concepción ontológica de la acción que presuponga la conciencia de la antijuridicidad y desplace el dolo de la culpabilidad a la acción constituyéndose la primera en un puro juicio de reproche normativo.

5. FUNCIÓN DEL PRINCIPIO DE LA IDONEIDAD

La idoneidad de la acción puede ser en forma abstracta o concreta, pero de todas formas debe tener el carácter de poder lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado, la idoneidad abstracta se refiere al juicio sobre todas las circunstancias objetivas en que el agente actuó, y la idoneidad concreta, hace relación al carácter natural de los medios, ambos juicios van íntimamente ligados al resultado lesivo o potencial de peligro, esta exclusión de las conductas que en grado de tentativa o delito consumado son inidoneas para el resultado antijurídico, puede hacerse a través del estudio de la idoneidad de la acción de los medios de la acción socialmente adecuada como forma legal de justificación, del análisis del delito imposible en su naturaleza positiva, y la integración de lo idoneo y lo antijurídico, estudiaremos separadamente cada uno de estos aspectos.

5.1. LA IDONEIDAD DE LA ACCIÓN Y DE LOS MEDIOS

De acuerdo a la orientación objetiva de la doctrina que

considera la idoneidad como características de la acción y los medios idoneos sean en abstracto o concretos, no pudiendo concurrir a la producción de un resultado dañoso o peligroso no pueden ser punibles, no obstante se ha dicho que la idoneidad no es un carácter de la acción, puesto que si fuese exacto se llegaría a la no punibilidad de cualquier manifestación de voluntades punibles, porque la idoneidad de los medios es inherente a la tentativa de delito. Petrocelli, sostiene que:

La idoneidad está generalmente referida a los medios, pero el objeto del juicio debe ser toda acción considerada en su conjunto, puesto que el juicio de idoneidad no se refiere únicamente a un aspecto sino al conjunto de los factores y circunstancias que en cualquier modo pueden influir sobre la acción misma, así la construcción de la idoneidad como ataque ya existente al bien jurídico es fundada en la división de actos preparatorios y actos ejecutivos, en tanto que en acto idoneo en la tentativa son los actos adecuados en orden al hecho o al desvalor del delito consumado correspondiente. 43

Concluimos que el juicio de idoneidad debe trazarse a través del carácter objetivo que tiende al resultado, sin tener en cuenta el carácter subjetivo de la voluntad punible, ya que el delito debe deducirse de la fase externa y no de la interna o mera resoluciones.

⁴³PETROCELLI, Citado por MALO, Op, Cit, P 71

5.2. LA ACCION SOCIALMENTE ADECUADA

Existen situaciones de hecho que a pesar de caer dentro del esquema de la tipicidad abstracta o formal, no constituye un hecho antijurídico y por ende delito, en cuanto que estas acciones se adecuan en un momento histórico determinado en el sentido ético-social de la humanidad, el camino de depuración de estas acciones se encuentran en la base misma del concepto racional del riesgo que se produce aún con la guarda de todas las reglas establecidas para dichas acciones, tal es el caso de las lesiones deportivas, el tratamiento médico quirúrgico, y el consentimiento del ofendido, las dos primeras han dejado de tener el carácter justificación supralegal, y solamente la última puede estudiarse dentro de este contexto jurídico.

La doctrina de la justificación supralegal ha sido fundamentada por varios autores como Von Litz y Mezger, pero ha sido Han Welzel, el que con más acierto a delimitado la exclusión de estas acciones en el ámbito de la tipicidad y la antijuridicidad del delito, para este autor la adecuación social es un principio general de derecho penal sino que se refiere a todo ordenamiento jurídico, puesto que el derecho no siendo un ente abstracto sino actuante debe adecuarse a las estructuras lógicas de la historia, en el sentido del valor o desvalor, del acto

en razón del criterio ético-jurídico-social, es decir, el derecho no puede apartarse de la vida social de los hombres.

5.3. EL DELITO IMPOSIBLE EN EL CODIGO PENAL DE 1980

El estatuto penal de 1936 actualmente derogado establecía para el delito consumado, y hasta prescindirse de ella, teniendo en cuenta lo que dispone el art.36, - Criterio de aplicación de la pena-. Esta figura del delito imposible, sirvió de comodín para una injerencia nociva del poder represor, en contra de un concepto de acción centrado sobre la idea de la lesión y no de un peligro inexistente que llevó a sancionar únicamente la idea criminal, esta situación de incidencia sobre la figura de la tentativa hacía de este instituto algo de muy difícil comprensión, con manifiestas injusticias en la práctica judicial el concepto positivista de la peligrosidad desbordó el marco judicial de las acciones ejecutadas en el delito por una consideración excesivamente subjetiva. El código penal de 1980 corrige esa formulación errada de la tentativa, para unificar en una forma clara y precisa en la iniciación de los actos ejecutorios, el único eje de la naturaleza antijurídica de la acción, puesto que la acción en el delito imposible no tiene potencial fuerza para poner siquiera en peligro el bien jurídico tute

lado en la Ley Penal, debe salir sin duda alguna de la esfera de las responsabilidades penal dicha acción objetivamente inidonea.

5.4. INTEGRACION DE LO IDONEO Y LO ANTIJURIDICO

La idoneidad o inidoneidad de la acción y de los medios determina en forma objetiva el carácter de lesión o de peligro del bien jurídico tutelado por la Ley, esta determinación debe traducirse a través de un juicio valorativo con eficacia causal o insuficiente, el juicio debe formarse acerca de la potencialidad de esos actos en su conjunto para producir el resultado que encuentra apoyo en su misma realidad tangente, a diferencia de la ingenuidad que al reconocerse como juicio subjetivo, se debe no a su naturaleza de juicio de valoración, sino a que el objeto del mismo lo constituye la conducta subjetiva del agente; considerada la acción como unidad, en todo su conjunto, la idoneidad debe ser evaluada considerando las circunstancias de lugar, tiempo y cualquier otro factor que pudiera manifestarse con una relevancia antijurídica.

6. FUNCION DOGMATICA DEL PRINCIPIO DE EJECUTORIEDAD

CUTORIEDAD

La función dogmática del principio de ejecutoriedad radica en su naturaleza diferenciadora de los actos preparatorios dentro del concepto del iter-criminis, es el concepto jurídico base para el criterio de la punibilidad en el delito tentado, con la consecuente exclusión como actos punibles los de naturaleza preparatoria, el principio de la ejecución exigidos por todas las Legislaciones democráticas en el delito tentado, sirve de manera perentoria dentro del concepto de idoneidad e inequívocidad, para evitar la punibilidad de la actividad mental, de los actos inocuos como el caso del delito imposible, y las resoluciones manifiestas en la Ley Penal, la fórmula del principio de ejecución así como la misma diferencia entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos, tienen en el fondo una función garantizadora de tipo jurídico penal, garantía que incide en la defensa de las libertades individuales, y en la limitación de la represión por parte del Legislador en las conductas punibles.

6.1. ANALISIS DEL CONCEPTO DE ITER-CRIMINIS

La figura del iter-criminis está sobre la base de un recorrido que parte de la concreción de la idea criminosa, hasta la fase externa o resultado de la acción, así el iter-criminis se encuentra interpretado por una fase interna cuando nace en el sujeto la ideación de cometer un delito: Cuando se origina en la mente del futuro autor, la posibilidad de dar salida a su ánimo negativo con relación a su conducta que en objetividad manifestará como contraria a derecho, luego surge la deliberación, que se presenta cuando el agente una vez surgida la idea criminosa en lugar de rechazarla delibera sobre la posibilidad de realización, estudia los aspectos positivos y negativos derivados de la realización, en el primer momento se encuadra el denominado elemento de la representación del dolo y la resolución de vida al elemento de la voluntad que habrá de determinar la continuación en la fase externa, la suspensión del iter-criminis, en el transcurso de la fase interna, no se considera que pueda encuadrar la tentativa punible en aras del principio de la libertad individual, por cuanto que obliga a observar el largo camino para llegar a la consumación del hecho delictuoso, además, la fuerte posibilidad de que el sujeto detenido y obstaculizado, por el cada vez más sensible poder coactivo, físico y moral de la Ley Penal, suspenda la materiali

zación de la posible conducta ilícita. El período de la fase externa del iter-criminis está integrada por dos momentos, el período que transcurre desde el principio de la exteriorización de la voluntad, hasta el de la actividad realizada con el fin de cometer un delito, y la etapa de consumación del delito, o sea, en donde el efecto buscado ha sido realizado.

6.2. LOS ACTOS PREPARATORIOS Y LOS ACTOS EJECUTIVOS

Sobre la figura del iter-criminis descansa el problema sin solución de continuidad, de la diferencia entre los actos preparatorios y los actos ejecutorios, se ha afirmado su fundamento político y no jurídico, así en este sentido puede decirse que.

El problema de la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos, no es de naturaleza jurídica sino de origen político; y no contiene en si mismo las razones que podrían explicarlo en el plano político, sino que solo puede ser explicado históricamente recurriendo al jus naturalismo que ilumina sus motivos y sus ideales, y al movimiento liberal, que explica sus razones históricas. 43

No obstante la certeza de este planteamiento, tenemos que aceptar que las diferencias en la práctica, es tortuosa,

⁴³SCARANO, Op, Cit, P 58

por cuanto ningún criterio lógico- jurídico es capaz de abarcar la diferencia en la amplia gama de la causalidad, así se ha tenido como criterios rector del principio de la iniciación de los actos ejecutivos para una mejor circunscripción del problema a la punibilidad del delito, aunque la crítica procedente de la doctrina italiana en el sentido de que no toda acción penalmente relevante pueda quedar reducida a un acto de ejecución a dejado el problema de esta distinción al arbitrio judicial según su legal saber entender, la doctrina general acepta como instrumento de esta diferencia la forma negativa de los conceptos de idoneidad e inequívocidad, en el sentido de que lo antijurídico es un desvalor jurídico y que en general la doctrina penal moderna acepta al carácter objetivo de lo injusto, y continua, si se admite que el fin del derecho y la contradicción con las normas de derecho se concretará en un daño o lesión del bien jurídico tutelado o puesto en peligro, como continuación material del injusto.

6.3. LA TENTATIVA ACABADA E INACABADA

La tentativa acabada e inacabada conocida como tentativa impropia o delito frustrado cuando el autor ha cometido todos los actos necesarios para la comisión de un delito, el cual no se actualiza por causas independientes de su

voluntad, y la tentativa inacabada o propia cuando los actos ejecutados a la comisión de un delito no llegan a su total realización por la intervención de una acción externa que impide su continuación.

La división se observa expresada en gran parte de las legislaciones penales, no obstante, la distinción exacta entre los casos de verdadero delito tentado y delito frustrado, se observa cuando el individual utiliza todos los medios que la experiencia ha demostrado adecuados para producir el efecto dañoso, teniendo la certeza y previsión físicas de que el efecto habrá de verificarse, si quiere el resultado y realiza cuanto considera necesario a su plena consumación, por lo cual aún no presentándose el resultado previsto pero no consumado por el obstáculo imprevisto debería ser punido por la conducta realizada, en torno a la tentativa inacabada, cualquiera que haya sido la causa que detuvo al agente en la mitad de la ejecución del delito, o en los límites del último acto, es siempre cierto que le faltó realizar los otros varios actos físicos o uno último, que sin embargo eran necesarios nuestro art. 22 del Código Penal establece o mejor presume esta diferencia que es inherente a la naturaleza de la tentativa, excluyendo en su totalidad el delito imposible.

6.4.. LOS ACTOS EJECUTIVOS Y LA PARTICIPACION

El concepto general de participación requiere conceptualmente un algo al que se participa, o sea, la existencia de otra cosa o acción, la cosa principal o la acción principal, si falta no se puede, por tanto hablar de participación, resultando imposible una participación absolutamente autónoma; por cuanto que siempre la acción principal de autor debe ir referida a la secundaria del partícipe en un principio unificado que es el de la ejecutoriedad, por eso el concepto general de participación en consecuencia tiene naturaleza accesoria sobre la base del hecho típico, porque es independiente de la naturaleza de una segunda acción, la acción principal, es apenas necesario advertir que tanto en el delito doloso como el culposo, el criterio para establecer cuando ha comenzado la actividad de comisión del delito, es siempre el mismo en relación a la tipicidad, tanto si se trata de una hipótesis de concurso de personas o de un ilícito ejecutado por un solo individuo, así la garantía del principio de la ejecutoriedad se eleva desde el proceso de ejecución monosubjetivo a la participación.

7. FUNCION DOGMATICA DEL PRINCIPIO DE LA SUBJETIVIDAD

La subjetividad entendida como el proceso interno de la síquis del agente, que da origen a la idea criminosa como simple efecto del pensamiento, y que se traduce en un acto volitivo de querer el resultado de esa acción, constituye el fundamento y esencia de la culpabilidad, que supone el uso de la facultad esencial del libre albedrío del individuo, que implica el inicio de la voluntad viciada en consecuencia del cúmulo de factores que determinan la conducta humana, así la culpabilidad preside el elemento subjetivo del delito, para en sentido estricto no poder predicar la punibilidad de una acción que no surge de este momento intelectual y volitivo que tiene su plena vigencia en la esfera síquica, puesto que el sujeto mismo quién se determina como consecuencia del impulso externo o interno, como resultado de una determinada situación que lo motiva a exteriorizar la idea criminosa en términos concretos.

7.1. ANALISIS DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD

La culpabilidad es el elemento esencialmente subjetivo del delito, por cuanto lo considera como un hecho de conciencia, la infracción o delito que hasta ahora no se había mostrado como un cuerpo sin alma, al estudiarla en su aspecto físico y jurídico, sin referirla al ser espiritual que la produce, va a elevarse ahora a las regiones de la espiritualidad, podemos decir, que cuanto más profundicemos en el hecho culpable, tanto más transparente será la naturaleza del fenómeno del delito. Por esta razón el progreso del derecho penal está íntimamente ligado a la progresiva acentuación del momento de la culpabilidad en el estudio del delito, así el concepto de culpabilidad es un concepto de carácter moral que engloba los elementos de la imputabilidad, las formas culpables y la exigencia de otra conducta puede decirse sin lugar a dudas junto con Mezger que el problema de la culpabilidad es el mismo del derecho de castigar, en orden a la importancia que reviste en el derecho penal universal.

7.1.1 El Dolo

Nuestro código penal establece la configuración de la formación importante de la culpabilidad en los siguientes términos; Art. 36: "Dolo. 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".

A partir de todas las teorías antiguas sobre el dolo que partieron de la consideración del solo elemento de la representación y de la voluntad, se ha aceptado universalmente ambos elementos en una concepción unitaria del fenómeno del dolo, así pues está integrada por los estados psicológicos del entendimiento y la voluntad. Así el elemento cognocitivo del dolo reúne el conocimiento de la significación integral del hecho típico, el conocimiento del resultado de la conducta y de la cadena causal, y por último la conciencia de la antijuridicidad de la conducta en relación a este último elemento cognocitivo la escuela finalista lo deja dentro del concepto de culpabilidad normativa para efectos del juicio de reproche, el elemento volitivo del dolo comprende el proceso de ideación, la tendencia de la voluntad, la ejecución de una actividad interior o exterior, estos tres elementos corresponden a los fenómenos síquicos de deliberación, decisión y ejecución el dolo es sin duda alguna la forma más depurada de la culpabilidad, por cuanto contiene los elementos eminentemente síquicos que pueden referirse a un sujeto para determinar como suya una acción ilícita.

7.1.2. La culpa

El elemento psicológico del delito puede componerse de culpa, en el caso de la imputación a título de dolo que es de carácter normal, la que se hace a título de culpa es de carácter excepcional, y solo puede admitirse en cuanto exista una disposición de la Ley Penal que la prevea como forma posible de realización psicológica de un tipo delictivo, nuestro código penal establece la regulación jurídica del instituto en los siguientes términos; Art. 37: "Culpa. La conducta es culposa cuando el agente realiza el hecho punible por falta de previsión del resultado previsible o cuando habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo".

Nuestro código se acoge a la doctrina de la provisión como elemento psicológico de la culpa, en sus tres clases de imprudencia, negligencia e imprudencia, en cuanto de que fuera de la previsibilidad no hay posibilidad de un juicio de culpabilidad y por ende de reproche, porque es solo en relación con la posibilidad de proveer lo que no se previó como puede imputarse al sujeto agente el hecho de no haber observado una conducta distinta, para evitar la causación de un evento lesivo.

7.1.3. La Preterintención

Muchas críticas se hicieron en la inclusión de esta tercera

forma de culpabilidad en el nuevo código penal, en razón a su naturaleza híbrida pero que se justificaba para la erradicación total de la responsabilidad objetiva, el instituto viene regulando en los siguientes términos; Art.38. "Preterintención. La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, exige la intención del agente".

Como puede apreciarse la preterintención no es una forma autónoma de culpabilidad, sino una especie derivada del dolo y de la culpa, sin refundirlas, son por ella recibidas en cuanto predicables aquellas del primer evento que rido por el agente y del segundo y más grave evento que culminó la conducta inicial.

7.2. LA CULPABILIDAD SICOLÓGICA

La culpabilidad en el sentido sicológico se entiende como la relación que existe entre el hecho material y la persona que lo ha llevado a cabo, este elemento de referibilidad es eminentemente síquico o de suiedad es decir, entre el agente destinatario de la norma penal, y el hecho concreto en su relación de causalidad, no obstante esta teoría tiene sus méritos en el avance del concepto de culpabilidad, ha sido criticada por su insuficiencia para

explicar el fenómeno de la culpa inconsciente, y además siendo la culpabilidad un concepto de valor que presupone un juicio de reproche por lo que se ha hecho juicio es que ciertamente no puede formularse cuando el hecho perpetrado es lícito. Una concepción meramente psicológica de la culpabilidad resulta incolora, naturalista, fría, incapaz de adecuarse a la rica casuística de las situaciones para ver si es posible y hasta que punto un juicio de reproche, los principales sostenedores de esta teoría son Bataglini y Alimena.

7.3. LA CULPABILIDAD NORMATIVA

Esta teoría es sostenida por Reinhart Frank, se concibe la culpabilidad no como nexo psicológico entre el agente y la conducta, sino un juicio que se emite sobre el sujeto que habiendo podido comportarse de acuerdo al deber que le era exigible según la norma de conducta, ha actuado de un modo contrario a ese deber, con la teoría de la culpabilidad normativa empieza el proceso de la revisión del delito por la corriente finalista de orientación normativista puera, concibiendo la culpabilidad como un fenómeno complejo en el que entran el dolo, la culpa, la imputabilidad, y la normatividad de la motivación, es ampliamente aceptado que negarle un carácter normativo a la culpabilidad, equivale a degradar a un plano natural

el momento de la rebelión de la voluntad humana individual, sometiéndola a la voluntad de la Ley. El nexo psicológico podrá ser un indicio de la efectiva rebelión o desobediencia, pero no es la culpabilidad. Cuando se habla de inconformidad con la norma jurídica, se entiende referirse a un criterio que supera la simple verificación de un nexo psicológico, para atender a la voluntad que se determinó a la acción mientras habría debido y podido determinarse de otro modo.

7.4. PREVALENCIA DOGMÁTICA DE LA CULPABILIDAD

La culpabilidad por ser el elemento espiritual de la concepción dogmática del delito, ya sea que se entienda como un nexo psicológico entre el autor y su acción, o como un puro reproche por un querer que no debe ser, en la vía absoluta que baña la naturaleza moral tanto del delito como de la pena, sin culpabilidad no hay delito, la pena se justifica en el grado normal en que el sujeto acepta las consecuencias de su acción ilícita, sobre la base de la existencia de una libertad que lo determina como persona y sujeto social, así nuestra ley Penal es tajante al advertir que para una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad, el Hombre es responsable en cuanto tuvo el conocimiento y la voluntad

de cometer un delito, erigiéndose así la culpabilidad como un juicio que indaga la naturaleza interna del espíritu que enaltece y hace superior a la justicia humana.

CONCLUSION

Una vez terminado este pequeño estudio que no pretende exponer una modificación esencial de las Instituciones Penales, que solamente ha estado alimentado por la preocupación de los límites y las garantías materiales a favor de una justa concepción del hombre y su acción, resta pedir por una adecuación del Derecho Penal a un régimen democrático que atienda, a los valores éticos del hombre y de la sociedad.

La necesidad de tener siempre presente que el hombre vive en una sociedad injusta y que muchas veces sus acciones, no se encuadran en ese rigor lógico de nuestras instituciones penales debe ser la guía del estudio del Derecho Penal del futuro, el surgimiento de las nuevas tendencias nos indica la imperiosa necesidad de adecuar la dogmática jurídica a una sana política criminal, para que el fin primordial del Derecho Penal sea latente como función de garantía a la sociedad y para que la dogmática jurídico-penal no sea una construcción ingeniosa de conceptos abstractos apartados de la

realidad existente del hombre y del mundo presente.

El principio de la acción regido por sus categorías es un faro seguro sin caer en excesos de valoración subjetiva ni en una simple relación de resultado objetivista, ninguna Escuela es por sí la panacea de todos los problemas prácticos del Derecho Penal, debe aceptarse una suave adaptación de las nuevas corrientes dogmáticas, en el contexto de las instituciones que son dogmas universales de las relaciones del hombre con el mundo circundante, la justicia humana está llena de implicaciones y su destino es un llegar hacerse constantemente.

BIBLIOGRAFIA

- ALTAVILLA, Enrico. La Culpa. Traductor. José Ortega T. Bogotá, Temis, 1956
- BETANCUR AGUDELO, Nodier. Diversos Contenidos de la Estructura Penal. Revista Nuevo Foro Penal. V.1 N° 3, 1978, Medellín, Profesional, 1978, Trimestral
- BETTIOL, Guiseppe. Derecho Penal, Traductor. José Pájarro. 4 ed. Bogotá, Temis, 1965
- BUSCH, Richard. Modernas Transformaciones en la Teoría del Delito. Traductor Vicente Castellanos. Bogotá Temis, 1970.
- CABAL, Carlos Arturo. El dolo Penal y su Prueba. Bogotá Cooperativa Nacional de Artes Gráficas. 1974
- CARRARA, Francisco. Programa de Derecho Criminal. Traductor Jorge Guerrero. Bogotá Temis, 1956
- DE ELLIA, Carlos. El tipo Penal y la Significación. Buenos Aires, Gráficas, 1956
- ESTRADA VELEZ, Federico. Derecho Penal. Bogotá, Profesional, 1981
- FERNANDEZ CARRASQUILLA, Miguel. Sociología del Derecho. Buenos Aires, De Palma. 1968
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho penal. 3 ed Buenos Aires, Lozada, 1965
- LOZANO Y LOZANO, Carlos. Elementos de Derecho Penal. 2 ed. Bogotá, Lerner, 1961

- LATAGIATA, Angelo Rafaele. El Concurso de Personas en el Delito. Traductor. Carlos Tozini. Buenos Aires, De Palma, 1957
- MALO CAMACHO, Gustavo. Tentativa del Delito. México, Universidad nacional de México. 1971
- MAGGIORE, Guiseppe. Derecho Penal. Traductor José Ortega Torres. Bogotá, Temis, 1954
- NOVOA MONREAL, Eduardo. Causalismo y Finalismo en Derecho penal. Bogotá, TEMIS, 1982
- PEREZ, Luis Carlos. Derecho Penal. Bogotá, Temis, 1981
- RAINERI, Silvio. Manual de Derecho Penal. traductor Jorge Guerrero. Bogotá, Temis, 1975
- romero soto, Luis E. Derecho Penal. Bogotá, Temis, 1969
- ROXIN, Claus. Problemas fundamentales del Derecho penal Traductor Juan Bustos. Madrid, Reus, 1976
- REYES ECHANDIA, Alfonso. La Culpabilidad. 2ed. Bogotá, Externado de Colombia 1960
- WELZEL, hans. La Doctrina de la Acción Penalista Hoy. Revista Nuevo Foro Penal. v-1 N°4, 1978, Medellín, Profesional, 1978, Trimestral.
- La Tipicidad. Bogotá, Externado de Colombia. 1976
- SCARANO, Luigi. La Tentativa. Traductor Luis Romero Soto. Bogotá, Temis. 1960
- Derecho Penal Alemán, Traductor Juan Bustos. Santiago, Jurídica de Chile, 1970