

EL NUEVO ESQUEMA DEL DELITO

Más allá del finalismo

Juan Fernández Carrasquilla

I. Noción dogmática del delito.

Es una de las nociones posibles del "delito legal" y se denomina "dogmática" porque se construye a partir de un determinado ordenamiento jurídico positivo vigente tomado como "dogma". También recibe el nombre de noción **técnico-jurídica** porque sus gestores se detienen exclusivamente en el estudio técnico (exegético y dogmático, pero también crítico) de las normas, considerando el delito como un "instituto jurídico" y dejando a otras disciplinas su estudio como fenómeno de hecho. Esta posición metódica determina desde luego que una tal definición invista necesariamente carácter empírico (nacional), pues de hecho el derecho existe en el mundo moderno como una multiplicidad de ordenamientos jurídicos nacionales. Con todo, esto no le resta al concepto de delito así acuñado su pretensión de validez más o menos universal, porque en el mundo moderno y específicamente en Occidente las similitudes de la estructura social de las diversas comunidades nacionales, apareja una cierta e intensa semejanza de los ordenamientos jurídicos, sobre todo en las ramas civil y penal, pero también en el campo constitucional, de tal manera que a la postre sólo en cuestiones de detalle puede una tal definición no acomodarse a uno de esos sistemas jurídicos.

Dogmáticamente y gracias a las construcciones de Binding, Beling, Liszt y Radbruch —que conforman la llamada "línea clásica" del derecho penal alemán—, el delito se ha entendi-

do como una acción típica, antijurídica y culpable, o bien, como expresa Mezger, acción típicamente antijurídica y culpable. Maurach observó con razón que no todo delito es acción culpable, pues los inimputables pueden delinquir y sin embargo, son incapaces de culpabilidad. Una noción omnicompreensiva del fenómeno delictuoso o "hecho punible", según el estudioso mentado en último lugar, sería la de acción típica, antijurídica y atribuible. La atribuibilidad, que es una relación jurídicamente calificada del autor con el hecho, se desenvuelve en dos momentos: la "responsabilidad por el hecho", que es la desaprobación objetiva que el orden jurídico impone al hecho punible, funda las sanciones criminales aplicables a los sujetos carentes de imputabilidad (medidas de seguridad); y la "culpabilidad" propiamente dicha, que es el juicio de reproche dirigido en forma individualizada al autor imputable, sirve de base a la pena criminal retributiva.

Históricamente, antes de la concepción dogmática tripartita (tipicidad, antijuricidad, culpabilidad), se descomponía el delito en elementos objetivos (la acción legalmente prevista) y subjetivos (la culpabilidad entendida como dolo y culpa). Este esquema antiguo, en el que en realidad la mayor acentuación se ponía en el autor (imputabilidad) y no en la acción (Carrara, Ferri), se superpuso a los modernos hallazgos del análisis dogmático, siendo así como en la reciente tradición se concibieron la tipicidad (que incluye obviamente la acción) y la antijuricidad como elementos enteramente objetivos y la culpabilidad como componente por completo subjetivo o psicológico del delito (Antolisei y H. Mayer). La reacción crítica a esta posición cristalizó con la llamada **teoría normativa de la culpabilidad**, según la cual esta última no consta sólo de ingredientes psicológicos (dolo y culpa) sino también de momentos valorativos (el reproche). Los máximos exponentes de esta doctrina fueron Freudenthal, Frank y Goldschmidt, pero a ella sirvieron mucho las especulaciones precedentes de Hegler y Fischer, sobre los elementos normativos de la culpabilidad y la clasificación de los tipos en causales y finales; la primera consideración hallaría luego resonancia en Sauer y la segunda en los finalistas. Empero, ese singular maridaje de aspectos psicológicos y valorativos en la llamada teoría normativa no resistía un análisis serio, como lo demostraron Weber y Dohna, y bien pronto se cristalizó la tendencia a obtener un concepto completamente normativo de la culpabilidad, des-

pojándola de todo elemento psicológico. Tan revolucionario paso habría de ser dado por la **teoría finalista**, a cuya cabeza figuran Welzel, Maurach, Niese y Kaufmann. Pero al despojar la culpabilidad de todo componente psicológico, el dolo y la culpa tienen que salir de ella y entrar a formar parte de otro de los elementos del delito, en el caso la acción típica. El esquema tradicional ha sido así quebrantado en forma total. Una tesis intermedia es sostenida por Mezger, para quien el concepto ontológico de acción es final, pero en cambio no es final el concepto jurídico-penal de acción. Mezger reconoce que la culpabilidad es sobre todo subjetiva, pero no por completo, pues admite la existencia de elementos normativos (objetivos) de la misma, y al par admite que la antijuricidad tipificada es sobre todo objetiva, pero no enteramente, ya que se ve precisado a reconocer en ella la presencia de elementos subjetivos del injusto, referidos hoy al tipo legal por quienes sustentan el mismo punto de vista. En esto, Mezger sigue los lineamientos precursores de Wolf, H. Mayer, Dahn y Schaffenstein. Tal nomenclatura ha sido aceptada en América por Sergio Politoff, entre otros.

Las corrientes enunciadas (esquema dogmático tradicional y finalismo) pueden en cierta forma "conciliarse", a condición de que se lleve el finalismo a sus postreras consecuencias teóricas y se considere por tanto que no sólo ha revolucionado la estructura de la teoría del delito, sino que en verdad ha introducido en el concepto de éste un elemento nuevo, la reprochabilidad, aunque sus fundadores y pregoneros no lo hayan considerado de este modo. Por cierto que este desarrollo de las tesis finalistas impone al mismo tiempo restricciones que, como se verá, comportan en parte una vuelta a Mezger, mas sin quedarse en su postura poco consecuente. Esta sugerencia tiene la ventaja de conservar la acepción tradicional de la culpabilidad como fenómeno fundamentalmente psicológico, fuertemente arraigada en la conciencia jurídica actual, y, además, la de no concebir el reproche como una mixtura de factores heterogéneos. De esta guisa, el delito "perfecto" (el cometido por los sujetos imputables), puede definirse como **acción típicamente antijurídica y culpable y personalmente reprochable a su autor**.

El análisis de esta definición pone al descubierto los siguientes momentos en la estructura unitaria del hecho delictivo

tuoso: acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, reprochabilidad y autoría (en sentido amplio). La imputación criminal exige, pues, la presencia de una **acción** (manifestación de voluntad dirigida a cierto resultado) y la calificación de ésta como **típica** (adecuada a la figura legal de una determinada norma incriminadora) y como **antijurídica** (formalmente contraria a la totalidad del orden jurídico y materialmente lesiva de bienes o intereses jurídico-penalmente tutelados); requiere, además, que la acción así calificada se haya ejecutado **culpablemente**, vale decir, con dolo o culpa, entendiendo que cada tipo legal ha menester de una culpabilidad específicamente adecuada a él (típica también) y que tal conducta sea **reprochable** personalmente a su autor, reproche que se objetivará en la naturaleza y magnitud de la pena. La antijuridicidad continúa siendo, como en Dohna, valoración del tipo objetivo y la reprochabilidad valoración del llamado tipo subjetivo, es decir, de la culpabilidad. Reprochabilidad es desvaloración individualizada del proceso motivacional de formación de la voluntad contraria al deber de la norma y, claro está, aparece exenta de todo componente psicológico. Presupuesto del personalizado juicio de reproche es la culpabilidad, que en forma plena abarca la imputabilidad (capacidad de reprochabilidad y por ende de pena, o, en otras palabras, posibilidad de comprender la injusticia o ilicitud del hecho y de auto-determinarse de conformidad con esa comprensión) y la conciencia **posible** de conocimiento de la antijuridicidad o ilegitimidad de la conducta. Fundamento y medida del reproche es la exigibilidad concreta de la conducta contraria a la sancionada (deber jurídico); en los delitos culposos, esta última se traduce, como significa Maurach, en la personal evitabilidad de la lesión del bien jurídico (resultado).

La punibilidad no entra en la noción genérica del delito, porque, como bien ha sido señalado por destacados penalistas, representa una consecuencia de la conjunción de los prementados elementos, y siendo una consecuencia no puede pertenecer al delito mismo, sino que está más allá de él desde el punto de vista lógico. También podría argüirse que delito y hecho punible son sinónimos y que por esto la punibilidad, haciendo como hace parte de lo definido, no puede incluirse en la definición sin incurrir en tautología.

Delitos de los inimputables.

Cuanto a los hechos de los inimputables, ofrecen todos los elementos característicos del delito, tal como antes se enunciaron, menos la reprochabilidad. La imputabilidad habría entonces que entenderla en lo sucesivo, no como capacidad de culpabilidad, sino como capacidad jurídica personal de reprochabilidad. La diferenciación entre sujetos imputables y no imputables pertenece a la teoría de la culpabilidad, que jurídica y fenoménicamente puede investir dos formas: una **forma plena**, propia de los imputables, en la que se incluye necesariamente la conciencia de la ilicitud, pues en un sujeto normal el querer no puede escindirse de las representaciones valorativas que lo motivan o en las que se inspira. Y una **forma semi-plena**, propia de los inimputables, en la que el derecho no toma en cuenta la comprensión del injusto, es decir, la reputa irrelevante en orden a la responsabilidad por los hechos criminosos. Sólo la culpabilidad plena es susceptible de reproche jurídico-penal y da lugar a la pena en que éste se objetiva de modo cuantificable; la imputabilidad semi-plena fundamenta las medidas jurisdiccionales de seguridad, cuya naturaleza y duración se determinan por la **peligrosidad** del agente estimada en su causa psicosomática.

Queda así resuelto el espinoso problema de la culpabilidad en los inimputables, pues despojados para ellos el dolo y la culpa de componentes normativos relevantes, no se aprecia dificultad alguna en que tales sujetos puedan actuar dolosa o culposamente. Se zanja así también la injusticia de deducir la responsabilidad penal de los inimputables sobre la base de parámetros completamente objetivos, consideración que venía impidiendo, en un pensamiento coherente y consecuente, que pudieran aquellos ser absueltos por alguna de las llamadas causas de exclusión de la culpabilidad, (el error, por ejemplo). Si, como es verdad inconcusa, los comportamientos de los inimputables no están desprovistos de elementos subjetivos o psicológicos, no es razonable seguir predicando de ellos la responsabilidad objetiva o por el mero resultado. No importa que la ley colombiana (C.P., artículo 12) lo diga así expresamente, pues una interpretación contextual y teleológica permite arribar a la conclusión de que se trata de un error técnico que puede y debe corregirse por el intérprete. A na-

die, seguramente, se le ocurriría que debe condenarse al menor de edad que realiza un tipo delictivo en circunstancias de error esencial de hecho (defensa putativa, verbigracia), pues ello entrañaría una monstruosa y bárbara injusticia. Pero como el error excluye precisamente la culpabilidad, no queda otro camino que admitir que el menor de edad sí puede actuar culpablemente. Lo propio ha de decirse de los demás inimputables, a quienes las deficiencias de la culpabilidad determinadas por la inimputabilidad, los hacen incapaces de reproche y pena y acreedores tan sólo a medidas de seguridad en proporción a su peligrosidad social y criminal.

El autor.

La inclusión del autor en la concepción analítica del delito puede tal vez despertar alguna extrañeza, pero ésta no se justifica. En efecto, el sujeto activo no es, como se ha pretendido, mero integrante del tipo legal, ya que éste no debe entenderse sino como la descripción más o menos exhaustiva (pero siempre exhaustiva) de la conducta punible, en sus elementos objetivos y subjetivos, por cierto que con factores normativos. (En la reciente dogmática, tiende mejor a dudarse de la existencia de elementos típicos puramente descriptivos. La conceptualización de la conducta por el tipo legal aparece siempre una cierta valoración). El tipo, entonces, no consta de la conducta descrita y el sujeto activo, sino que éste se encuentra lógicamente antes del tipo mismo y constituye sólo uno de los conceptos de la norma primaria penal. Entre autor y tipo debe darse una relación que no es propiamente de causalidad, sino de autoría, pues en ella está en juego el fenómeno de la libertad humana, como bien lo ha destacado Cossio. El nexo causal es problema que surge únicamente al apreciar la conexión entre la conducta como manifestación de la voluntad final y el resultado externo de la misma. El resultado, de consiguiente, no pertenece a la acción, pues de ella es su consecuencia **ulterior**, sino al tipo objetivo. Y si bien es cierto que la acción pertenece al sujeto, en cuanto es "suya", la inversa no es verdadera: el sujeto no hace parte del concepto lógico y ontológico de acción, porque justo la acción es algo que desde esos puntos de vista aparece después de aquél, como lo que él hace y no como él mismo. Involucrar en el tipo la acción y el autor de la acción es mezclar factores heterogéneos y aca-

rea el peligro —en que con frecuencia se cae— de olvidar la fuerza personal inspiradora del crimen. Como resulta palmario, tampoco el sujeto pasivo hace parte del tipo legal, sino que es, entendido como titular del bien jurídico atacado por el delito, concepto derivado de la norma secundaria penal, de la que emana, si hemos de creer a Kelsen, la categoría del deber jurídico. Si, en cambio, el sujeto activo lo atribuimos (quizás no siguiendo en esto a Kelsen) a la norma primaria penal, es porque en ésta se halla siempre y necesariamente la mención expresa del mismo, en tanto que la figura del sujeto pasivo sólo surge en general de ella a través de una contra-inferencia que nos ubica en un plano distinto y sólo por excepción es en forma directa conceptualizado allí. Sin embargo, este punto es discutible y no parece tener más que una importancia académica. En consecuencia, la norma penal incriminadora consta de sujetos activo y pasivo (discutidamente en dos distintos planos lógico-normativos), tipo legal y sanción criminal (penas y medidas de seguridad).

II. Los elementos del delito y su concatenación.

Aunque el delito es fenómeno unitario tanto si se mira como ente jurídico o acontecimiento histórico, ello no obsta al método jurídico de su estudio la descomposición analítica del mismo en sus elementos constitutivos. Fundamento indispensable de toda forma de aparición del delito es la acción, conducta o comportamiento del hombre individual. La acción representa el núcleo ontológico del delito. Pero no cualquier conducta humana es criminosa, sino sólo la que inviste determinadas calificaciones o valoraciones jurídico-penales, esto es a saber: típica, antijurídica, culpable y la mayoría de las veces también reprochable. La unidad del delito como instituto jurídico está dada en la acción, y en esta misma aparece su consistencia histórica.

1) .- La acción.

La **acción** se entiende como una manifestación de voluntad dirigida a un "determinado" objetivo, resultado o meta. Para su existencia no importa el **contenido** de esa voluntad, sino sólo que el comportamiento aparezca como una **manifestación dirigida (teleológica, finalista)** de la voluntad. Pues, de la acción hacen parte, según que se fenomenice positiva o ne-

gativamente, el movimiento (hacer) o no-movimiento (no-hacer), la inspiración de éstos en la voluntad como su "causa eficiente" (**voluntariedad**) y la forma de dirección de la voluntad a la meta que la inspira ("Causa Final"). El primer aspecto es material y por ende perceptible (y perceptible también cuando se trata de una omisión), el segundo psicológico y el tercero teleológico. Pero los dos últimos se mantienen aquí en un ámbito formal (no interesa por el momento el contenido de aquello a que la voluntad se dirige al manifestarse) y neutro al valor (no se aprecia todavía la libre determinación del proceso volitivo). Contenido final y valoración de la voluntad se reservan para los ulteriores momentos lógicos del delito. Donde quiera que concurren estos tres aspectos se puede y se debe hablar de acción, tanto en sentido ontológico como jurídico-penal. Este concepto ontológico de acción sí es por tanto, final, pero no enteramente "material", y esto último por razones simplemente **metodológicas** del derecho criminal. Para que la acción sea final no es menester que el contenido o materialidad del querer pertenezca a ella, sino simplemente que la voluntad que impulsa la acción sea **dirigida a** (un resultado cualquiera, propuesto). No por otra causa ha logrado la teoría finalista de la acción sostener su tesis sobre la estructura ontológica de la acción también en referencia a los delitos culposos, en los que el resultado realmente querido justo **no** interesa. Es que, en efecto, a la estructura final de la acción corresponde el hecho de que la voluntad se dirige a una meta, pero no la meta a la que la voluntad va dirigida. Esta meta, que es el contenido material de la voluntad final, pertenece a la culpabilidad: si es típica, se habla de dolo, y, si es extratípica, de culpa. Toda voluntad es necesariamente teleológica: el aspecto formal de esta textura es atinente a la acción, el aspecto material lo es a la culpabilidad. Para que haya voluntad final rectora de la acción basta que el objetivo se anticipe mentalmente, como tal hecho de anticipación mental del objetivo, mientras el contenido de la anticipación, **aquello** que se anticipa, jurídico-penalmente incumbe a la culpabilidad y no a la acción. Para que una concepción dogmática y analítica del delito pueda surgir, tiene que ser posible que la acción jurídico-penal en que el delito consiste se deje descomponer en sus elementos, aspectos o momentos. Y como se trata de mera exigencia metodológica, la estructura ontológica unitaria y finalista de la acción criminosa en modo alguno

se afecta. Ciertamente el concepto jurídico-penal de acción es en la base el mismo concepto ontológico, pero es algo más: una acción humana jurídico-penalmente calificada en ciertos sentidos. Y si una de las calificaciones jurídico-penales de la acción humana, para que esta se torne en delictuosa, es la de "culpable", no queda otra alternativa que separar, en el análisis metódico y nada más que en él, la culpabilidad de la acción misma. El dolo y la culpa, no obstante ser en verdad fenómenos psicológicos, aparecen jurídicamente calificados por lo menos en el sentido de que se trata de modalidades de voluntad definidas por el derecho. Que se trate de conceptos jurídicos todavía no prejuzga sobre su reprochabilidad, pues, como Frank lo dejó demostrado, el dolo, como voluntad del resultado típico, existe también en los hechos perpetrados en estado de necesidad o en legítima defensa e inclusive en los eventos de **vis compulsiva** (no de **vis absoluta**) y con mayor claridad en los de orden jerárquica, obligatoria.

Con Hegel, Husserl y Heidegger hemos aprendido que la conciencia es siempre conciencia de un objeto. Sin embargo, esto no indica que el objeto pertenezca a la conciencia en el sentido de hacer parte de ella. Idénticamente, no hay voluntad sin fin, lo cual no significa que éste sea "elemento" de aquélla. Materialmente, voluntad y fin son tan inseparables como conciencia y objeto, pero conceptualmente si pueden y deben discernirse. Aunque existe indisoluble nexo funcional ontológico entre "conciencia del objeto" y "objeto de la conciencia", "voluntad final" y "fin de la voluntad", no debe ello arrastrar al engaño de identificar los conceptos terminales, pues esto suprime su dialéctica constitutiva.

Descomponiendo gráficamente el "trayecto" que va de la voluntad al objetivo, nuestra posición muestra con claridad sus diferencias con las líneas tradicional y finalista del tecnicismo jurídico penal, como puede apreciarse en la figura:



- A B: Causalismo ("Voluntariedad")
- A D: Finalismo ("Voluntad final").
- A C: Posición final formalista
- C D: Contenido de la voluntad final

2) La antijuridicidad.

La acción que se encuentra en la base de todo delito ha de ser, en primer término (lógicamente), acción **antijurídica** y esto en un doble sentido: contraria al orden jurídico (prohibida) y lesiva de un bien jurídico, para el cual causa un daño (pérdida o disminución) o un peligro (amenaza de daño). La antijuridicidad es al tiempo y siempre formal y material. Sin daño real o potencial no puede haber delito, porque el derecho penal no es ni más ni menos que el más drástico orden coactivo protector de bienes jurídicos. "Protector" significa: que quiere evitar la lesión y aún (máximo) la posibilidad de lesión de los bienes jurídicos. Un "delito inocuo", a pesar de la contrariedad formal de la acción con la norma jurídica, no es en modo alguno un delito, ni siquiera bajo la infortunada figura de "delito imposible", porque en ésta es indispensable la lesividad de la acción en sí misma considerada, cosa que por definición queda excluida en la inocuidad.

De otra parte, a virtud del axioma ontológico-jurídico de que una conducta no puede estar simultáneamente permitida y prohibida, axioma en el que todo orden jurídico descansa como norma positiva periférica, el concepto de antijuridicidad es unitario en todo el orden jurídico. Tan cierto es que no existe un concepto jurídico-penal específico de antijuridicidad, que la acción "injusta" que ha de anteceder a la legítima defensa no precisa ser típica (v. gr., tentativa de lesiones personales). Cierto que en Colombia el estado de necesidad es causa de justificación (C.P., artículo 25, ord. 2º) y que ello no obstante genera obligación indemnizatoria (C.P., artículo 30). Esta obligación, empero, no se basa en la ilicitud residual (civil) de la acción necesaria, sino en razones de equidad, porque el bien vulnerado no participó o se comprometió en la creación del peligro en que el bien salvado se vio envuelto. Es lo que se ha llamado el "precio del salvamento". Si acaso media aquí alguna inconsecuencia, esta es de técnica legislativa, dado que en verdad el estado de necesidad, al menos en la mayoría de los casos, no debería justificar el hecho, sino tan sólo exculpar a su autor. Pero de ninguna manera tal inconsecuencia es suficiente para sostener el pluralismo en materia de ilicitud jurídica, tesis completamente dislocada y paralógica. Lo que una rama del derecho prohíbe, **eo ipso** está prohibido en todas las demás, y viceversa. La circunstancia de que no toda

ilicitud sea criminalmente punible no significa nada, pues la misma ley es la que exige algo más para la punibilidad. Pero impunidad criminal no significa licitud jurídica.

Formal y materialmente, la antijuridicidad se establece de modo objetivo y sólo por excepción requiere de especiales momentos subjetivos. Esto último acontece en los delitos de expresión y de tendencia, y, en general, en los mal llamados delitos de "dolo específico", en los que la propia norma incrementadora exige algún elemento psicológico adicional al dolo. Mientras es regla general de experiencia que los comportamientos criminales se inspiren en móviles nocivos, casos hay de acciones en que lo normal es que se ejecuten con móviles inocentes, pero que obviamente cambian de sentido si en un caso el móvil es perverso. Cuando la ley quiera reprimir penalmente una de estas conductas, tiene que apelar a especiales motivos, intenciones o tendencias, que se llaman **elementos subjetivos del injusto** (o también del tipo), porque sin ellos la antijuridicidad de la conducta no puede fundarse. Pero es claro que cualquiera de los "elementos" del delito que se utilice —con poca honradez o escaso método— para mirar y apreciar a través suyo la completa escena delictiva (delito total), remite necesariamente a los otros, y de ahí la interminable discusión acerca de si la antijuridicidad y la tipicidad también se fundan de modo necesario en momentos subjetivos o psicológicos.

3) .- La tipicidad.

A más de antijurídica, la acción que fundamenta el delito debe también ser típica. Esto quiere decir: adecuada a la figura legal, esto es, a la descripción de la conducta contenida en la norma incriminadora en sí misma, o en su coordinación con ciertas normas generales que cumplen la función de "dispositivos amplificadores del tipo" (tentativas, coautoría, participación). El **tipo** es la descripción más o menos circunstanciada o determinada de la conducta punible llevada a cabo por la norma primaria penal. Esa descripción, configuración o conceptualización de la conducta suele contener elementos descriptivos puros (no valorativos) —aunque esto tiende cada vez más a ponerse en duda—, normativos y psicológicos (subjetivos). La mención, por la norma, de los sujetos activo y pasivo, no hace parte del tipo. Así, pues, la norma incriminadora

consta de tipo, sanción y sujetos. La **tipicidad**, en cambio, es la relación de adecuación entre la acción ejecutada (imputada) y la descripción en que consiste el tipo. Si de la compulsación resulta que el comportamiento de que se trata no se acomoda perfecta y totalmente a la figura legal (tipo), se dice que la conducta es **atípica**, con lo cual queda por fuera del ámbito del derecho penal. El tipo constituye la relevancia jurídico-penal de la acción en orden a la fundamentación del delito. Los tipos penales no hacen otra cosa que separar, del ámbito general y unitario del injusto, los injustos reputados por el legislador como merecedores de sanción criminal, ora porque atentan contra bienes jurídicos reputados fundamentales, ya porque lo hacen contra los otros de una manera destacadamente grave. Esta selección, aunque se funde, como generalmente sucede, en una larga, difundida y respetable tradición, inviste un carácter político de clase.

El mecanismo de tipificación no es exclusivo del derecho penal, pero sí es esta rama del derecho la que lo ha conducido a su máximo desarrollo y la que nunca puede prescindir de él. Si el tipo separa el injusto punible del injusto no punible, no constituye por ello un injusto cualitativamente nuevo, pero sí establece una **garantía** de seguridad y libertad imprescindible en el Estado moderno (capitalista o socialista). En el campo penal, lo ha señalado Welzel, el mayor peligro contra la libertad y la seguridad —peligro que bien se llama “totalitarismo”— proviene de los “tipos indeterminados”, o sea de los que contienen una conceptualización demasiado amplia o genérica de la conducta, dejando por esto un excesivo margen al poder discrecional de los jueces. (Con todo, se ha objetado, el peligro no es tan grande como a primera vista parece, si se tiene en cuenta que los jueces manejan los tipos indeterminados en función de ideologías bastante bien sedimentadas o cristalizadas. Otra cosa es si tales ideologías resultan o no de nuestro agrado). Tampoco la tipificación es un dispositivo reservado a la ilicitud, pues el derecho privado por lo general está elaborado con la técnica de los tipos de licitud, como con acierto lo ha puntualizado Aftalión. El desarrollo extraordinario de la técnica de los tipos determinados (“cerrados”) de ilicitud, finalmente, permite la diferenciación estricta de los diversos delitos entre sí y ofrece al derecho penal la importante posibilidad de sistematización de su parte especial. Positivamente, los tipos penales se elaboran en atención a los bienes

jurídicos. Hasta el momento ha resultado fallido todo conato de construcción de una “tipología de autor”, y es muy dudoso que en el futuro pueda alcanzar éxito, pues ella no podría partir sino de los hallazgos de la criminología y ésta, como ciencia naturalista del delincuente, topa con el límite inexorable de la libertad individual, que es desde luego histórica y socialmente conformada (Stumpfl, Marx).

Sobre el concepto axial de “**tipo cerrado**” (contrapuesto al de “**tipo abierto**”), son siempre muy convincentes las palabras de Ricardo C. Núñez: “El sentido jurídico de la regla **nullum crimen sine lege**, que tiende a señalarles a los individuos cuáles son las actividades y las inactividades suyas que los harán pasibles de castigo, exige que la previsión del hecho se haga específicamente por medio de la definición o del nombre de la acción u omisión punible. Carece de esa especificación necesaria la figura legal que prescindiendo, en su definición del hecho, de enunciar particularizadamente a través de un verbo o de un nombre, la manera de ser de la conducta humana castigada, sólo alude a lo punible mediante una valoración de la calidad de aquella, incluyendo, así, en la punibilidad, todas las acciones u omisiones, indeterminadas en su individualidad concreta, que merezcan semejante calificación...” (Derecho Penal Argentino, Omeba, 1965, I, 109). Se trata, pues, de que la ley describa el hecho punible por el verbo o la expresión verbal que conceptúa el núcleo de la acción inculpada, caracterizando la descripción con circunstancias fácticas, o calidades personales del autor, a fin de que el juicio de tipicidad lo sea de adecuación objetiva y no de valoración subjetiva más o menos amplia. Sólo así el tipo cumplido (tipicidad) puede funcionar como **indicio** serio y firme del injusto (Welzel, “Derecho Penal Alemán”, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1970, págs. 40 y 41).

Como, por principio, los tipos definen conductas antijurídicas y nada más que éstas (en la parte especial del derecho penal), en el examen empírico de la imputación el examen de la tipicidad se antepone al de la antijuridicidad, a pesar de que desde el punto de vista lógico-jurídico el injusto está antes del tipo. Se dice por ello que el cumplimiento del tipo funciona como **indicio** de la antijuridicidad. La prueba de la última es entonces **negativa**: se da por establecida de modo fehaciente si el indicio de antijuridicidad que se desprende del ti-

po cumplido (tipicidad), no se desvirtúa con la ocurrencia de una causa de licitud o justificación. Con respecto a éstas, Sauer tiene razón en afirmar que también están acuñadas en tipos (tipos de justificación). Pero es evidente que la presencia de un tipo o causa de justificación no "borra" la ilicitud del hecho; sólo destruye una prueba. La conducta justificada es lícita **ab initio** y ello lo prueba su "desplazamiento" a un tipo de valor contrario, en el que de veras estuvo inscrita desde el principio, aunque aparentaba estarlo en un tipo de injusto. En la acepción tradicional, sin embargo, el tipo es privativo del derecho penal y se aprecia por definición como un tipo de acción injusta (acción típica, antijuridicidad tipificada). En realidad, tal consistencia sólo es propia del derecho penal especial (normas incriminadoras).

El "tipo objetivo" abarca la manifestación de voluntad activa u omisiva, el resultado (natural) que ésta ocasione y el nexo causal entre ambos. Desaparece, en cambio, el llamado "tipo subjetivo", pues los componentes psicológicos del delito se estudian en la culpabilidad típica. Con todo, los supuestos del llamado "dolo específico" permanecen como elementos subjetivos del tipo de injusto. La separación entre el tipo (objetivo) y la culpabilidad (típica) sólo es conceptual y metódica, en forma alguna de alcance ontológico, e igual sentido tiene la diversificación estratificada de los elementos del delito.

Solo en un sentido amplio resulta adecuado hablar de "tipo de delito", entendiéndolo por tal el conjunto de las características legales necesarias y suficientes para que una acción sea reputada delictuosa. En sentido estricto y dentro de la parte especial del derecho penal, el tipo es siempre y en cada caso tipo de acción injusta. Por cierto que una teoría general del delito no puede edificarse sino en relación al catálogo de los delitos particulares contenido en cierto ordenamiento nacional. Así entendido el tipo, no hay inconveniente en concebirlo como núcleo jurídico del delito, si no se pierde de vista que el tipo a su vez gira en torno a la acción como eje ontológico de aquél. Conduce, en cambio, a peligrosos errores jurídicos y políticos la afirmación de que el delito es sobre todo antijuridicidad, que es lo que sostienen Grispigni, Antolisei y, entre otros, el profesor Estrada Vélez. El delito no es una relación de puro derecho, sino un conjunto de calificaciones

jurídicas relativas a una conducta humana. Fundamentalmente, esto es, en el fondo, el delito no es sobre todo antijuridicidad, sino en primer lugar acción, aunque en verdad el delito como un todo no se deja reducir "esencialmente" a ninguna de las partes que integran su **estructura**.

4.- La culpabilidad.

Como tercer atributo de la acción debe ser considerada la **culpabilidad**, que es una especial relación de aquélla con su autor. Esta relación es un nexo primordialmente psíquico. Su libertad para el valor es metódica en el análisis de la estructura del delito. La culpabilidad es la voluntad que se manifiesta como dirigida a una finalidad objetiva. La finalidad, que no es una categoría causal, es el motor de la acción (y de la omisión). Es el querer (no necesariamente el desear) la meta. Un objetivo indeseado puede también ser "querido", esto es, abarcado por la voluntad de actuación. Como "voluntad de realización", la culpabilidad está necesariamente referida al tipo, ya positiva y directamente (dolo directo), ora en forma también positiva pero indirecta (dolo eventual), bien de modo negativo (culpa) o mixto (preterintención). Así como la omisión es un modo existencial de la acción, la imprevisión es un modo psicológico de la previsión y por lo mismo también un nexo psíquico. La imposibilidad es forma ontológica de la posibilidad, la negación lo es de la afirmación. La culpa y la omisión se tocan en sus más hondas raíces, y ya así lo había destacado Carrara.

Según la definición más técnica hasta ahora acuñada, **dolo** es, según Welzel, la voluntad de realización del tipo objetivo, que abarca la meta propuesta, los medios utilizados para alcanzarla y el modo de su empleo, las consecuencias ligadas en forma necesaria al modo de la acción y asimismo las consecuencias eventuales o efectos concomitantes posibles o probables que no han sido excluidos en atención a los medios, modos y oportunidades del comportamiento. Al dolo del fin y de los medios (intención, propósito), lo llama Mezger **dolo directo de primer grado**, y al de los efectos necesarios ligados al modo de realización de la conducta lo denomina **dolo directo de segundo grado**. En cambio, el **dolo eventual** (en el que, sin embargo, es incondicional la voluntad final de actuación) se relaciona con los efectos concomitantes probables o tan sólo

posibles que el sujeto no ha querido positiva y directamente y tal vez no ha deseado emocionalmente, pero que con todo ha incluido en su voluntad final de actuación en la medida en que no ha renunciado a ellos cambiando los medios, los modos o las oportunidades de la acción misma de suerte de poder evitarlos. Es decir, el sujeto quiere esos eventos, se comporta dolosamente con respecto a ellos, porque, pudiendo, no ha hecho nada serio y firme por evitarlos. No hacer nada objetivo por impedir el mal aleatorio de la acción, equivale a incluirlo en la voluntad final, aceptarlo como evento de la manifestación intencional, bien porque resulta indiferente que se realice o no, ya porque se corre el albur o se confía en el azar o en la suerte. La tutela jurídico-penal de los bienes jurídicos sería hartamente precaria si tales atentados no se reconociesen como dolosos, lo cual no constituye por cierto una ficción, tal como lo ha mostrado Kaufmann. Porque "el dolo es la consciente realización del hecho típico descrito en la ley, voluntariamente, o sin la intervención de un impulso activo del querer para evitarlo" (Estrada Vélez, Manual de Derecho Penal, Medellín-1972, pág. 191), según la mejor noción que del fenómeno se ha logrado en Colombia. El dolo eventual, empero, poco tiene que ver con la cuasi-entelequia del "dolo indeterminado", pues la determinación del contenido del querer incumbe al dolo y en general a la culpabilidad, por definición, en orden al reproche del proceso motivacional de la voluntad teleológica. Pero siguiendo la tradición, puede aceptarse que, según la actitud subjetiva (pero objetivada) de **preferencia** o **indiferencia** del sujeto frente al resultado eventual, el dolo eventual se califique como "determinado" o "indeterminado" en orden a aplicar, sólo en el último caso, la vieja regla del **dolus indeterminatus determinatur eventum**, pero siempre observando la sugerencia carrariana de estarse a la intención más benigna en caso de duda. El dolo directo, en cambio, es un contrasentido calificarlo alguna vez de "indeterminado", como sí lo hacen, por ejemplo, Ramos, Mesa Velásquez y Barrientos Restrepo. También es desafortunada la denominación de "dolo indirecto" que antaño se daba a la preterintención. El dolo (intención) no puede jamás ser indirecto y en cuanto directo no le conviene la indeterminación.

Fuera de la clasificación del dolo en directo y eventual, todas las demás son secundarias y en gran parte superfluas. Para el derecho penal colombiano, sólo el **dolo premeditado** con-

serva interés, como contrapuesto al **dolo de ímpetu**, (en que la acción sigue de inmediato, pero no en corto-circuito, al pensamiento, ya emotivamente, ora por sucumbir a una tentación ocasional), a virtud de que el primero, por su mayor intensidad, agrava el homicidio a condición de ir acompañado de motivos innobles o bajos (tesis positivista). La **premeditación** generalmente se entiende como un dolo deliberado con refinamiento, pero en ella sólo es decisivo, como apunta Maggiore, el **propósito firme** (emocional o no), acompañado de la predisposición de los medios, de la anticipada ordenación de éstos a la concreción del tipo penal. Por el contrario, es ya un superado malentendido el llamado **dolo específico**, que se contrapone al dolo **genérico** propio de todo delito intencional. Aquél, en realidad, como se ha dicho, ni es dolo ni específico; en verdad, todo dolo es específico en razón de la exigencia de tipicidad que cobija también la culpabilidad, es decir, en virtud de que ésta no puede entenderse sin referencia a las concretas figuras delictivas. El llamado "dolo específico" es un elemento volitivo adicional al dolo (a la conciencia y voluntad del hecho típico), **requerido por la ley** en casos especiales en que sin una señalada tendencia del agente la acción devendría irrelevante para el derecho penal, o podría confundirse con otros tipos. Se trata, pues, de un fin especial que, según la ley, el sujeto activo debe perseguir, sin que sea necesario que lo alcance, a fin de que su acción dolosa encuadre en un tipo determinado y no en otro distinto o en ninguno. Hoy se lo llama **elemento subjetivo del tipo**, porque sin él es imposible determinar la tipicidad del respectivo comportamiento. El "dolo específico" es siempre un **motivo determinante** (que la ley exige para la constitución, agravación o diferenciación típicas de ciertas acciones), pero —y en esto no asistió la razón a Ferri— no todo motivo determinante inviste tal calidad: se requiere la vinculación legal entre motivo y tipo. Otra cosa es si, como pretenden los finalistas, todo dolo es indispensable para establecer la tipicidad, por lo que de todas maneras el tipo consta de una parte objetiva (manifestación de voluntad) y otra subjetiva (contenido de la voluntad que se manifiesta). Sin duda, como las tentativas lo demuestran de modo irrefragable, el tipo no puede entenderse completamente sin el dolo, pues el lugar sistemático del mismo en la teoría del delito no puede depender de que el hecho punible se consume o no. Pero esta verdad ontológica no debe en modo alguno perturbar

el método de descomposición analítica de la estructura del crimen en sus partes constitutivas, que a la hora de la verdad son separables tan sólo conceptualmente. Y así como la práctica impone al juez, en el examen empírico de los casos, considerar primero la tipicidad que la antijuridicidad, pese a la prioridad lógica de ésta, la teoría requiere del jurista recabar primero la tipicidad que la culpabilidad, aunque de nuevo en la experiencia judicial el orden del examen no sea idéntico. Es el juez, no el jurista, quien no puede determinar la tipicidad de **cierta** acción con prescindencia de la culpabilidad que la ha guiado. Pero en abstracto, la ciencia puede muy bien e incluso debe fijar primero la noción de tipicidad para luego referir a ella la culpabilidad. Y aún no deja de asistir razón a quienes comienzan el examen del delito por la tipicidad, como lo hacen Bettiol y Ranieri, pues tal característica determina la relevancia jurídico-penal de la acción, así como la especificidad de la culpabilidad. La acción que interesa al derecho penal, en orden a la punibilidad, es por principio la acción **típica**, pues, una acción legislativamente preformada, premodelada; y de igual manera, al derecho penal sólo importan los procesos **típicos** de voluntad final, por tanto la voluntad final legalmente circunscrita, prefigurada. El tipo es el tipo de acción (antijurídica), como la culpabilidad es la culpabilidad del tipo (de injusto). No habría inconveniencia, de consiguiente, en resumir la definición del ente delictivo como tipicidad antijurídica pareja a culpabilidad reprochable. Tipicidad reprochable, en fin.

La culpabilidad, que es el contenido de la voluntad final, puede presentarse como dolo o también como culpa, según el modo de referirse la voluntad al tipo. Si la voluntad final tiene por contenido el hecho legalmente descrito, es decir, si la voluntad se dirige a la concreción del tipo y tiene el hecho típico precisamente por contenido a cuya realización se dirige, se habla de dolo, no importa cuál sea la forma de éste. Si, por el contrario, la voluntad se dirige a un fin extratípico, si su contenido no concuerda en absoluto con el de la figura delictiva, entonces se habla de **culpa**, en la que el agente no ha querido producir el resultado jurídicamente indeseado y prohibido, pero lo ha ocasionado por imprudencia o negligencia en la ejecución de la conducta. Welzel tiene razón en destacar que sin desvalor de acción no puede haber delito culposo y que lo sancionado penalmente en éste no es la mera causación la

del evento, sino el modo comportamental de su causación. Suprimido mentalmente el resultado, la conducta imprudente o negligente se patentiza como desvaliosa y antijurídica por sí misma (desvalor de acción), aunque no sea punible precisamente porque sin la producción del resultado no se acomoda al tipo, a menos que medie un tipo contravencional. Los delitos culposos son substancialmente delitos de resultado, en los que el modo de poner en juego el proceso causal por medio o a través de la conducta descuidada o temeraria es decisivo. La única y por cierto lamentable excepción legislativa nacional a este régimen de larga tradición democrática, lo representa el artículo 44 del Decreto 1188 de 1974, relativo a los estupefacientes. Pero, creemos, la excepción es más teórica que práctica, pues la ley está ligada por estructuras lógico-objetivas cuya pretermisión en vano pretendería imponer a los jueces.

Inexplicablemente ha prosperado en la doctrina nacional la definición genérica de la culpa como "imprevisión de lo previsible y probable", que, desde luego, no comprende sino la culpa inconsciente, ya que en la consciente sí se da la representación o previsión del resultado y no tan sólo su previsibilidad. Mejor estaría decir, hablando **in genere**, que **culpa** es la **producción de lo previsible y evitable**, con lo que se destacan el proceso causal objetivo, la previsibilidad como núcleo psicológico y la evitabilidad como límite ontológico del reproche. Ni de lo imprevisible ni de lo inevitable puede llegar a responder criminalmente un ser humano: lo imprevisible es **caso fortuito** y lo inevitable es **fuerza mayor** (y lo es aunque se haya previsto).

Si bien es cierto, como acota Maurach, que la imprudencia y la negligencia son fenómenos, por así decirlo, coimpli-cativos, no lo es menos que la primera prepondera en la culpa consciente, mientras la segunda ostenta su primacía en la inconsciente. En la **culpa inconsciente** no se prevé el resultado (previsible y evitable) debido a falta de diligencia, a descuido que generalmente se funda en un "error evitable". Lo reprochable es aquí la causación del evento por la conducta negligente. Hay **negligencia** cuando el sujeto podía salir del error y evitar el daño desplegando mayor actividad, poniendo en el desenvolvimiento de su actividad mayor atención. En la **culpa consciente** se prevé el resultado (evitable) pero éste en forma alguna es típicamente querido sino que, antes bien,

se confía con seriedad, firmeza y racional fundamento en poder evitarlo o impedirlo (traduciéndose esta confianza objetivamente en el modo ejecutivo). Esta confianza no es mero deseo, ni esperanza en la suerte, sino que se traduce en actos o actitudes de evitación o impedimento que, sin embargo, fallan por la temeridad del agente al afrontar con ligereza, incuria o temeridad un riesgo prohibido o encarar indebidamente un riesgo permitido. Base del actuar imprudente, signa también Maurach, es en general una "duda superable". Lo reprochable es aquí la precipitación en el actuar, esto es, la **imprudencia**, que se presenta cuando el sujeto podía impedir o evitar el daño con un comportamiento más reposado, sereno, medurado y reflexivo. Medida general del reproche culposo es entonces el poder concreto del agente para suprimir el error o corregirlo, superar la duda y evitar la lesión al bien jurídico. En la antijuricidad de la conducta culposa como tal conducta yace, en cuanto desvalor del acto mismo, una violación del deber objetivo de cuidado o una infracción del riesgo socialmente adecuado o permitido. Pero así y todo, el acto lesivo será irreprochable a su autor si no era para éste factible en su concreta situación la personal evitación del daño. La previsibilidad es el núcleo psicológico de la culpabilidad culposa; la evitabilidad personal y concreta es el límite de la reprochabilidad de la culpa. La diferencia entre dolo eventual y culpa consciente —que el positivismo ferriano no pudo establecer ni quiso comprender— no es meramente de grado, como suele pensar la doctrina; la gran diferencia de pena entre el hecho doloso y culposo revela, cómo los finalistas han señalado, una distinción cualitativa entre los tipos del injusto doloso y culposo.

La **preterintención** puede muy bien tomarse jurídicamente como tercera forma de la culpabilidad, aunque desde el punto de vista psicológico no posea autonomía respecto del dolo y de la culpa, de los cuales representa una especial combinación. En ella la voluntad final de realización se dirige hacia un determinado hecho típico (dolo), pero por imprudencia o negligencia en la concreción ejecutiva de la conducta se ocasiona un daño mayor, situado más allá de la intención del agente pero en el mismo orden lineal de la causalidad objetiva, daño que en todo caso era previsible y evitable (culpa). Prácticamente, en Colombia es el homicidio del artículo 365 del C.P. el único caso de delito ultraintencional. Los "delitos

calificados por el resultado" no son preterintencionales entre nosotros, sino que en ellos, desventuradamente, la responsabilidad es objetiva (sin culpabilidad) con respecto al resultado agravante. Si por ejemplo, en la violencia carnal agravada por la muerte de la víctima (C.P., artículo 318) se diera dolo (siquiera eventual) o culpa con relación a la muerte, ya no se trataría del delito único pero agravado de violencia carnal, sino del concurso real de la violencia carnal con el homicidio (doloso o culposo), cuyo tratamiento punitivo es muy diferente y más severo (por lo menos para el supuesto de dolo). Para conjurar tal rezago de responsabilidad objetiva se precisó en Alemania de una reforma penal que exigiera que el evento calificante tuviera al menos la calidad de previsible (y evitable obviamente). En este último país, entonces, los delitos agravados por el resultado han desaparecido como tales y devenido delitos preterintencionales.

En el capítulo de la culpabilidad debe asimismo estudiarse lo concerniente a la **imputabilidad** y la **conciencia de la antijuricidad del hecho**. Esta última concierne jurídicamente sólo a hombres que en razón de su madurez psicológica y el uso cabal de sus facultades psíquicas, poseen la capacidad de entender y de querer, o, como se dice, de comprender el injusto de sus acciones y auto-determinarse conforme a dicha comprensión. Son los sujetos **imputables**. Los **inimputables**, desprovistos de tales poderes psíquicos (al menos en el grado legalmente relevante) a virtud de insuficiente desarrollo o de perturbación de la conciencia y/o de la voluntad, pueden también querer sus acciones y ciertamente las quieren, pero no comprenden su desvalor ético-jurídico, o, comprendiéndolo, les es imposible ajustar su comportamiento a esta representación de valor, que así se muestra frente a ellos como inidónea fuerza motivadora. **Pero si el dolo es por definición el dolo del tipo y el tipo es por principio un tipo de injusto, resulta palmario que normalmente el dolo ha de ser la conciencia y voluntad de un hecho típicamente antijurídico.** De consiguiente, la conciencia de la ilicitud pertenece jurídicamente a la culpabilidad. En términos abstractos, el dolo es puro fenómeno psicológico, pura y simple voluntad final consciente del objetivo. Pero en esa forma pura él no se da nunca en la realidad. El "dolo natural" es casi una entelequia, porque los imputables nunca pueden querer con independencia de sus motivaciones valorativas, y los inimputables quieren

estructuralmente de la misma forma, pero el derecho positivo, a raíz de las insuficiencias o deficiencias psíquicas relevantes de estos, no toma en cuenta para ellos esta motivación. La inimputabilidad es por lo tanto una incapacidad psíquica real, pero relevante para el derecho sólo en la medida en que éste mismo lo ha declarado así. Para la responsabilidad de los inimputables no cuenta, según el Derecho, la conciencia del injusto, que, en cambio, es decisiva cuando de imputables se trata. De otra parte, el **dolo** no es una noción de la vida diaria que puede identificarse sin más con la "voluntad final". Se trata de una noción técnico-jurídica referida de raíz a la antijuricidad (ilicitud); es pues, la voluntad final característica del injusto. Jurídicamente, el dolo es siempre "dolo malo", voluntad teleológica calificada por la conciencia de la antijuricidad, esto es, **malicia**.

También la culpa soporta un tratamiento similar, porque en la base de la acción culposa yace, como acertadamente lo muestra Córdoba Roda, la infracción del objetivo deber de cuidado. "En suma —signa este autor— la concurrencia de una acción y por lo tanto, de una finalidad —acción infractora de la norma de cuidado, finalidad dirigida al medio descuidado—, es imprescindible para el tipo del delito imprudente... el sujeto debe conocer la modalidad de ejecución y valorar esa modalidad como infractora del cuidado debido" (Comentarios al Código Penal, Ariel, 1972, 1,5). Y esta valoración, que constituye el fundamento de la conciencia de la ilicitud en el hecho culposo, no es jurídicamente relevante en los sujetos inimputables.

Que un sujeto sea o no imputable y por ende capaz o incapaz de motivar su voluntad de actuación conforme a las valoraciones subyacentes al orden jurídico, no es cuestión que se refiera a la capacidad de derecho penal, pues sujetos pasivos de éste lo son todas las personas, con la excepción, en Colombia, de los menores de doce años, pasibles tan sólo de atención administrativa. Ello juega en la determinación de los parámetros de la responsabilidad, pues los imputables ponderarán de sus acciones en la medida en que les sean jurídicamente reprochables, en tanto que los inimputables lo harán sobre la base de una culpabilidad adecuada jurídicamente a las fallas de su conciencia y de su voluntad, de su inmadurez psíquica o sus trastornos mentales. Para los primeros

está dada la **pena** que, no por cumplir funciones rehabilitadoras pierde su esencia retributiva, y para los segundos se consagran las **medidas de seguridad** correctivas de la peligrosidad en su causa psicosomática. Sólo este modo de entender el juego de retribución-curación correlativo al de pena-medida de seguridad, explica suficientemente que la pena sea temporalmente fija, determinada, improrrogable, mientras la medida asegurativa jurisdiccional es y tiene que ser abierta, indeterminada, prorrogable indefinidamente mientras subsista o persista el estado morbooso causante del pronóstico de peligrosidad social-criminal.

La comprobación procesal de un estado de inimputación impide que el examen empírico-judicial del delito pase de la culpabilidad al reproche e incluso determina una forma especial (que el derecho entiende como meramente psicológica) de mirar y apreciar la culpabilidad y equivale a lo que la doctrina italiana conoce como "Referibilidad psíquica" o **suitá** de la conducta, que exhibe a ésta como perteneciente al sujeto y no a una fuerza extraña. El juez tan sólo, en tal hipótesis, debe pronunciar un objetivo juicio de desaprobación del acto típico, desaprobación que no reprueba el proceso motivacional de la voluntad de su autor. Según el Derecho, el caso no debió suceder porque el término medio de las personas no lo hubiera llevado a cabo, pero sucedió, a pesar de todo, por causa del estado de inimputabilidad, y de aquí que se aplique el correctivo de la medida de seguridad. Si la causa personal del hecho es distinta, v. gr. insuperable coacción ajena, entonces el inimputable debe ser absuelto por ausencia de culpabilidad adecuada, pues también en su situación un imputable hubiera cometido el hecho sin responsabilidad.

5.- El reproche.

El juicio de reproche, culminación del edificio del delito, representa un puro juicio de valor jurídico, que el juez pronuncia contra el sujeto imputable, culpable de su acción, por haberse determinado voluntariamente contra el derecho, habiendo podido y debido motivarse conforme a él. Es decir, el reproche se funda en que el agente pudo pero no quiso abstenerse de efectuar la concreción del tipo, siendo él un sujeto normal y apareciendo también como normales las circunstancias en que actuó. El finalismo, que había soñado con alcanzar

el ideal de una culpabilidad como mero juicio de reproche, despojada de todo contagio psicológico, no lo había, empero, conseguido, pues tanto la imputabilidad como el conocimiento de injusto (así se lo califique de "potencial") son fenómenos de irrefragable consistencia psicológica, aunque jurídicamente calificados.

Reprochable es la motivación viciosa de la voluntad del autor de una conducta culpable ejecutada por un sujeto con entera capacidad de culpabilidad, o sea con aptitud jurídicamente relevante de apreciar la injusticia de su comportamiento. El reproche sobrevendrá necesariamente para tal conducta, al menos que concurra una causa legal de **no exigibilidad**, como ser, teóricamente hablando, el estado de necesidad disculpante o la orden jerárquica obligatoria. La conducta evitativa de la concreción del tipo será en todo caso exigible a quien en virtud de su capacidad subjetiva (imputabilidad) y la normalidad de las circunstancias externas, no estaba constreñido a una conducta diversa. Pero la inexigibilidad, como ya el mismo Dohna lo hizo notar, no es causa suprallegal de exclusión de la responsabilidad penal, ya que sólo el derecho positivo puede decidir en qué situaciones una conducta conforme a derecho no es exigible en forma personal y concreta a su autor.

Por lo demás, con este planteo se patentiza en forma metódicamente correcta la distinción entre "objeto de la valoración" (voluntad final del sujeto imputable) y "valoración del objeto" (reprochabilidad), que aún en los cultores del finalismo resulta confusa. La culpabilidad finalista es todavía un **mixtum compositum** de elementos psicológicos y estimativos, lo cual significa que no se ha desprendido aún plenamente del esquema "normativo" de la culpabilidad que Frank perfeccionara.

El reproche es cuantificable en atención al contexto histórico —subjetivo y objetivo— de la conducta culpable. De esa cuantificación depende la determinación legislativa y judicial de la pena. El reproche judicial no es sólo ético (y por eso no se queda en palabras significativas de indignación y rechazo), sino también y en especial **jurídico** (coactivo), por lo que se traduce técnicamente en la pena.

BIBLIOGRAFIA

- Aftalión, E. y otros: Introducción a la ciencia del derecho, La Ley, B. Aires, s. f.
- Antolisei, F.: Manual de Derecho Penal (Parte General), Uteha, Argentina, B. Aires, 1960. Trad. por Juan del Rosal y Angel Torio.
- Barrientos, S.: Elementos de Derecho Penal, eds. U.P.B., Medellín, 1962.
- Beling, E.: El rector de los tipos de delito, la ed., Reus, Madrid, 1936. Trad y notas por L. Prieto Castro y J. Aguirre Cárdenas. Esquema del derecho penal. La doctrina del delito tipo. Depalma, B. Aires, 1944. Trad. Sebastián Soler.
- Busch, R.: Modernas transformaciones en la teoría del delito. Temis, Bogotá, 1970. Trad. de Vicente Castellanos.
- Bettiol, G.: Derecho Penal (P. General). Temis, Bogotá, 1971. Trad. Ortega Torres.
- Carrara, F.: Programa de derecho criminal. Temis, Bogotá, 1971. Trad. de José Ortega Torres y Jorge Guerrero.
- Córdoba Roda, Juan: Una nueva concepción del delito, la doctrina finalista. Ariel, Barcelona, 1963. Comentarios al Código Penal Español. Ariel, Barcelona, 1972. El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito, Bosch, Barcelona, 1962.
- Cossio, Carlos: La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad, Abeledo-Perrot, 2ª ed., B. Aires, 1964.
- Dohna, A.: La estructura de la teoría del delito, Abeledo-Perrot, B., Aires, 1958. Trad. de Carlos Fontán Balestra y E. Friker.
- Estrada Vélez, F.: Manual de derecho penal, la ed., s/e, Medellín, 1972.
- Ferri, Enrique: Principios de derecho criminal, la ed., Reus, Madrid, 1933. Trad. de J. A. Rodríguez Muñoz.
- Frank, R.: Estructura del concepto de culpabilidad, Sem. de D. Penal de la U de Chile, 1966. Trad. de Sebastián Soler.
- Gallas W.: La teoría del delito en su momento actual, Bosch, Barcelona, 1959. Trad. de Juan Córdoba Roda.
- Hegel, G. W. F.: Fenomenología del Espíritu, F. C. E., México, 1971. Trad. de Wenceslao Roces.
- Heidegger, M.: El ser y el tiempo, F. C. E., 2ª ed., 1962, Trad. José Gaos.
- Kelsen, Hans: Teoría general del Derecho y del Estado, UNAM, México, 1969. Trad. de Eduardo García Maynez.
- Liszt F. V.: Tratado de Derecho Penal, Reus, Madrid, s/f. Trad. de Luis Jiménez de Asúa.
- Maggiore, G.: Derecho Penal, Temis, Bogotá, 1971. Trad. J. Ortega Torres.
- Maurach, R.: Tratado de Derecho Penal, Parte General, Ariel, Barcelona, 1962. Trad. de Juan Córdoba Roda.
- Mesa Velásquez, L. E.: Lecciones de Derecho Penal, U. de A. Medellín, 1962.

- Merkel, A.: Derecho Penal, ed. La España Moderna, Madrid, s/f., Trad. de P. Dorado.
- Núñez, R. C.: Derecho Penal Argentino, ed. Bibliográfica Arg., s/f.
- Politoff, S.: Los elementos subjetivos del tipo legal, Ed. Jurídica de Chile, 1965.
- Mezger, E.: Tratado de Derecho Penal, Reus, Madrid, 1955. Trad J. Rodríguez M.
- Ramos, J. P.: Curso de Derecho Penal, Biblioteca Jurídica Argentina, B. Aires, 1942.
- Ranieri, S.: Manual de Derecho Penal, Temis, Bogotá, 1971. Trad. J. Ortega Torres.
- Welzel, Hans: Derecho Penal (Parte General), Depalma, B. Aires, 1956. Trad de Carlos Fontán Ballestra y Eduardo Friker. Derecho Penal Alemán, Parte General 11ª Edición, Ed. Jurídica de Chile, 1970. Trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. El nuevo sistema del Derecho Penal, una introducción a la doctrina de la acción finalista, Ariel, Barcelona, 1964. Trad. y notas por José Cerezo Mir.
- Zaffaroni, R. E.: Teoría del Delito, Ediar, 1973.

PROCESO DE ADECUACION TIPICA*

Fernando Meza Morales

"...las acciones de los tribunales de justicia deben tener como objetivo hacer concordar a las situaciones reales con los derechos y deberes de las partes"

K. Olivecrona

La teoría de la tipicidad penal, derivada del principio de estricta legalidad del delito, postula la exacta correspondencia entre la conducta real y la conducta ideal normativa. Si la conducta del procesado se ajusta al modelo ideal conformado por el tipo normativo, se dice que la conducta es típica. Por eso el proceso de examen mediante el cual el Juez analiza la conducta real puesta a su decisión y la confronta con el esquema normativo no es más que la búsqueda de una relación. Ese análisis es lo que los doctrinantes llaman "proceso de adecuación típica", el cual puede conducir a la formulación de un juicio de adecuación, es decir, a afirmar la relación de concordancia entre el hecho y la norma; o puede conducir a la formulación de un juicio de inadecuación, es decir, a afirmar la disonancia entre el hecho y la norma. En el primer caso se dice que la conducta es típica y en el segundo se afirma que la conducta es atípica.

El análisis de adecuación típica, ciertamente, adquiere realce cuando se examina una conducta compleja. Es claro que el juicio de adecuación típica se da en todos los casos en que el exa-

* El presente trabajo, en su casi totalidad, reproduce una edición mimeografiada para los estudiantes del curso Teoría General del Delito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia. En esta nueva versión, sin embargo, se amplían algunas cuestiones, sobretodo en lo relacionado al delito complejo, cuya problemática puede superar el contenido y objetivos del programa de la mencionada asignatura.