NUEVO FORO PENAL

GRUPOS DE ESTUDIO DE DERECHO PENAL

Leingabe Prof. Ambos

NODIER AGUDELO BETANCUR

DIRFCTOR

DOCTRINA

Diversos contenidos de la Estructura del Delito A propósito de la Reforma Penal. Nódier Agudelo B. El Dolo Eventual. Armin Kaufmann. La Doctrina de la Acción Finalista, hoy. Hans Welzel.

JURISPRUDENCIA

Delito Culposo. Corrupción de menores y delito continuado. Tenencia de Marihuana para remedio. Rehabilitación, procedimiento para otorgarla. Calumnia e injuria. Nulidad por falta de defensa. Delito continuado de falsedad con un solo comportamiento.

FORO HISTORICO

CO/XIV F/Z

"El Banderillero": Alcance del artículo 63 del Código Penal. Abono de la detención preventiva como parte de la Medida de Seguridad.









Juristisches Seminader Universität Göttin∎en

NUEVO FORO PENAL

Grupos de Estudio de Derecho Penal

Nódier Agudelo Betancur Director

I Oñ	_	Nó	1	_	Octubre	 Noviem	bre	-	Diciembre	de	1978
					Licencia				M30		

Auxiliares

Guillermo Villa Alzate Ricardo Hoyos Duque Luis Miguel Marín Gaviria Fernando Velásquez

Angela Arango Ruiz

Gustavo Ruiz Correa

Medellín - Colombia 1.978 furistisches Semina. der Universität Göttingen

TABLA DE CONTENIDO:

DOCTRINA

Diversos contenidos de la Estructura del Delito.		
A propósito de la Reforma Penal.	Pág.	1
Por: Nódier Agudelo Betancur. Profesor de Derecho Penal. Universidad de Antioquia.	-	
El Dolo Eventual en la Estructura del Delito	Pág.	38
Por: Armin Kaufmann. Profesor Universidad de Bonn.		
La Dectrina de la Acción Finalista, hoy. Por: Hans Welzel.	Pág.	60
JURISPRUDENCIA		
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN	Pág.	69
Delito culposo. Corrupción de menores y delito con- tinuado. Tenencia de marihuana para remedio. Re- habilitación; procedimiento para otorgarla. Calumnia e injuria. Nulidad por falta de defensa. Delito con- tinuado de falsedad con un solo comportamiento.		
FORO HISTORICO	Pág.	81

"El Banderillero": Alcance del artículo 63 del Código Penal. Abono de la detención preventiva como parte de la Medida de Seguridad.

PRESENTACION

La Revista que hoy presentamos a los lectores pretende contribuir a la satisfacción de la necesidad que existe en nuestro medio de un órgano especializado en la materia que ella anuncia. Quiere presentar estudios de Doctrina Juridicopenal y Ciencias Criminológicas e informar sobre las decisiones de nuestros Tribunales.

Desde hace algunos semestres hemos venido conformando en la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia, en donde nos desempeñamos en la cátedra de Derecho Penal, algunos grupos de estudio. El propósito es el de que esta idea se extienda. Pues bien: siempre hemos pensado que todo proceso de aprendizaje es un proceso de sedimentación de ideas. Estas no surgen por generación espontánea, sino que son el producto de un largo estudio de conocimiento y discusión de complejos de pensamiento. NUEVO FORO PENAL pretende presentar importantes trabajos que, aunque a veces ya publicados, no han estado, sin embargo, al alcance de nuestros estudiosos. Los grupos tendrán que recorrer en primer término una larga etapa de información e irse adentrando en la confrontación de ideas. Ojalá podamos ver los frutos de la creación por parte de sus integrantes a pesar de las limitaciones de quien sólo dotado de alguna información, pero armado de una gran voluntad, los dirige.

Esta Revista aspira a ser un órgano de libre expresión de ideas, sin más criterio directivo de selección que la seriedad científica de los trabajos presentados. Invitamos en consecuencia, a los que de

ella quieran hacer uso para expresarse a que lo hagan.

No significa el nombre de la Revista que estemos empeñados en ignorar lo que pudiera denominarse el "Viejo Foro Penal". No. Por el contrario, pensamos que el desarrollo de los nuevos pensamientos no podrá llevarse a cabo sin contar con el estudio de lo que se tiene.

Prueba de lo que manifestamos son los temas de este número inicial cuyo contenido abarca un Foro Histórico, en el que se reseñan importantes decisiones (y su desenvolvimiento) sobre el tema de las medidas de seguridad aplicables a los afectados de una "grave anomalía psíquica" al momento de cometer el hecho; la sección de Doctrina con artículos de los eminentes profesores ARMIN KAUFMANSS Y HANS WELZEL que trata sobre temas enfocados desde el ángulo de la Teoría Finalista, novedad en nuestro medio jurídico nacional. Y nuestro artículo, que contempla algunos temas de interés a propósito de la Reforma del Código Penal que en estos mementos se ventila.

Presentar y agitar ideas en les materias que hemes mencionado es pues, el objetivo de esta publicación. Ojalá el tiempo nos demuestre que nuestro empeño no es equivocado.

But the secretary of the state of the special of the second of these

Nódier Agudelo Betancur Director

DIVERSOS CONTENIDOS DE LA ESTRUCTURA DEL DELITO

A propósito de la reforma del Código Penal

Por:
NODIER AGUDELO BETANCUR.

Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Antioquia.

El presente trabajo corresponde a la conferencia que en la sede del Colegio Antioqueño de Abogados (Colegas) dictaran el autor y el Dr. Juan Fernández Carrasquilla el día 26 de Mayo de 1977 sobre la Estructura del Delito en los Proyectos de Código Penal Colombiano. El cuerpo superior del escrito corresponde a la versión mecanográfica de la conferencia. En notas de pie de página hemos querido ampliar o clarificar algunos conceptos que debido al decurso de la exposición oral pudieron no quedar suficientemente claros o que en todo caso, merecen una explicación.

Posteriormente, pretendemos publicar también la exposición del Dr. Fernández Carrasquilla. Agradecemos aquí a nuestro discípulo Guillermo Villa a quien se debe la transcripción de la exposición.

En la exposición parto de la base de que ustedes conocen la estructura del delito definido como acción típica, antijurídica y culpable.

Básicamente puede decirse que hay tres estructuras del delito, estructuras del delito que se han edificado sobre diferentes conceptos o estructuras de acción. Las estructuras del delito mayormente conocidas —y haremos referencia en especial a la dogmática alemana por ser hoy en el mundo la predominante— son: La Estructura Clásica, la Estructura Neoclásica y la Estructura Finalista (). Voy a hacer una somero análisis de estas estructuras del delito; al final haré una referencia al esquema del delito que en reciente artículo publicado, ha esbozado el Dr. J. FERNANDEZ CARRASQUILLA, y ya a él corresponderá, en detalle, presentar su esquema particular y ver en que medida su esquema puede adaptarse, o no, al Proyecto de Código Penal Colombiano de 1976.

He afirmado, pues, que el delito es una acción típica, antijurídica y culpable. Una misma estructura del delito tienen los tres esquemas. En el sistema clásico (2) del delito, sistema que arranca con FRANZ von LISZT, con BELING y, en parte con MEZGER, el delito es acción típica, antijurídica y culpable; lo mismo afirma el sistema neoclásico con MEZGER, en la segunda parte de su evolución conceptual. Y también que el delito es acción típica, antijurídica y culpable, sostiene el padre del finalismo HANS WELZEL. Lo que sucede es que al mismo esquema del delito como acción típica, antijurídica y culpable, se le puede dar distintos contenidos. Y eso es importante saberlo porque, se afirma en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal, (3) que se sigue la estructura dogmática del delito, para estar a tono con los últimos avances en el campo de la teoría del delito Digo que es ímportante saber cuál es el contenido de la estructura del delito presentada para, en consecuencia, saber si estamos o no con los mejores avances de la dogmática (4)

He afirmado también que los distintos esquemas del delito se erigen sobre los distintos conceptos que de acción se tiene. En efecto: comencemos con el Sistema Clásico del delito. Aquí se afirma que el delito es acción. Pero veamos en qué forma se entiende tal concepto.

SISTEMA CLASICO

Concepto Causal de Acción

Para FRANZ von LISZT, acción es la modificación voluntaria del mundo exterior perceptible por los sentidos (5). Este es un concepto de acción elaborado sobre la base de un concepto mecánico de acción en donde lo que importaba era la modificación del mundo exterior, causada de manera voluntaria. BELING, otro representante del sistema clásico afirma que acción es un comportamiento humano voluntario (6); por "voluntario" se entiende "voluntariedad" (7), no siendo igualables ambos conceptos (8).

Me explico: según el concepto causal de acción, unicamente se requiere para su existencia y como elemento integrante y constitutivo, la voluntariedad, es decir, para la existencia de tal concepto se necesita sólo que el sujeto no haya obrado determinado por una vis absoluta. El contenido mismo de la voluntad importa en el campo de la culpabilidad (9). Veámoslo con un ejemplo: Percibimos que un sujeto ha disparado un arma de fuego contra otro. Cuando nosotros percibimos y podemos afirmar que este sujeto no ha estado dominado por una vis absoluta dicen los partidarios del concepto causal de acción y los partidarios, por tanto, del concepto clásico del delito, alli hubo una acción, hubo voluntariedad (10). Sí el sujeto quiso o no quiso matar, si previó o no previó que de su comportamiento podía haber una

^{1.} Una exposición sistemática de los tres esquemas, puede verse en HANS-HEIN-RICH JESCHECK, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Duncker Hamblot, 2ª Ed. Berlín, 1972, págs 154 a 164; CARLOS FONTAN BALLESTRA, La Misión de Garantía del Dereco Penal, Depalma, Buenos Aires 1950; del mismo, Esquema de la evolución dogmática de la Teoría del Delito, Nuevo Pensamiento Penal, año 3, 1974, Homenaje a Hanz Welzel; Depalma, Buenos Aires 1974, pág. 81 y siguientes; RICARDO C. NUNEZ en Homenaje a José Pico, Editorial Universidad de la Plata, 1974, págs. 281 a 287.

² Cuando hablamos aquí de Sistema Clásico, no nos referimos al esquema de la Escuela Clásica Italiana, de CARRARA, PESSINA, BRUSA, etc. Queremos aclarar que hacemos referencia con ello a la Dogmática Alemana.

Proyecto de Código Penal Colombiano, 1976. Ministerio de Justicia, Bogotá, 1976, página 88.

^{4.} La estructura del delito y su contenido, se constata en los siguientes artículos del Proyecto y Anteproyecto:

Artículo 2º. Proyecto del 76: "Para que un hecho sea punible debe ser típico, antijurídico y culpable" Si se confronta este artículo con el 19, 20 y 39, especialmente, se llegará a la definición mencionada. En el Proyecto del 74, depárese en los artículos siguientes:

Artículo 4º Principio de tipicidad. La ley penal debe describir el hecho punible de manera inequívoca, sin dejar duda sobre los elementos constitutivos que lo integran.

Artículo 5º. Principio de antijuridicidad. Para que una conducta sea punible se requiere que lestone o ponga en peligro sin justa causa, el interés juridico tutelado en la norma legal.

Artículo 6º. Principio de culpabilidad. Para que una conducta sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

ANTEPROYECTO DEL CODIGO PENAL COLOMBIANO. 1974, edición oficial revisada y dirigida por el profesor ALFONSO REYES ECHANDIA, Bogotá, Junio de 1974.

De "actuación voluntaria trascedente al mundo exterior", habla von LISZT, en su Tratado de Derecho Penal, Ed. Madrid 1927, Tomo 2, pág. 262.

^{6.} Die Lehre von Verbrechen, Tubingen, J. C. B. Mohr. 1906, pág 9.

ERNST von BELING, Esquema de Derecho Penal. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944, págs. 19 y 20.

HANS WELZEL: El nuevo sistema de Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, Ariel, Barcelona 1964, pág. 28.

^{9.} ERNST von BELING, Die Lehre von Verbrechen, cit., pág. 10. "Así entonces, el querer como elemento del concepto de acción, debe ser entendido como absolutamente incoloro". Para que haya acción, suficiente es haber querido. El contenido del querer, es una pregunta que se hace en la culpabilidad, pág. 11 op., cit.

^{10.} BELING exige para la existencia de la acción un "comportamiento corporal producido por el dominio sobre el cuerpo" y entiende por esto, "libertad de inervación muscular, "voluntariedad". Esquema de Derecho Penal, cit. pág. 19.

lesión, eso importa en el campo de la culpabilidad, porque el delito es acción típica, antijuridica y culpable, y la culpabilidad estudia el elemento subjetivo del delito. Dentro del sistema clásico del delito, todo lo subjetivo pertenece a la culpabilidad y lo objetivo pertenece al campo de la tipicidad y la antijuridicidad (11).

Este concepto causal de acción sostenido por los partidarios del sistema clásico, trajo pues una gran división dentro del esquema del delito, la división del aspecto objetivo y subjetivo. Pero, ¿qué es la culpabilidad? Para aquellos la culpabilidad se resuelve en dolo y en culpa (12). La culpabilidad es un nexo psicológico que hay entre el sujeto, entre el autor, y el hecho. La imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad. Repito, la culpabilidad es un nexo psicológico que se resuelve en dolo y culpa, dolo y culpa son grados de culpabilidad en cuanto que el dolo y la culpa representan diferentes vinculaciones entre el autor y el hecho. A ERNEST BELING se se imputa la concepción objetiva del tipo, consecuencia del concepto causal de acción, y que a su vez tenía como consecuencia determinado concepto de culpabilidad.

La Culpabilidad Normativa (13)

Pero en 1907, REINHARD FRANK escribió un opúsculo que tituló "Acerca de la Estructura del Concepto de Culpabilidad" (14). En este pequeño libro dijo y demostró que muchas veces había nexo psicológico entre autor y hecho y sin embargo no se podía decir que hubiera culpabilidad. Y demostró también que frente a una misma constatación de vinculación psicológico entre autor y hecho, podía haber diferentes grados de culpabilidad según las circunstancias. Y había un ejemplo que para modernizarlo lo podríamos

presentar de la siguiente manera: un empleado de un banco (el mensajero) se apropia de determinada suma de dinero porque tiene su esposa grave, tiene cinco o seis hijos, está en una pésima situación económica. Otro empleado tiene una situación económica boyante y se apropia de la misma suma de dinero para dedicarse a la "vida muelle y sibarita": hay en los dos casos una misma vinculación psicológica pero, dice él, inclusive dentro de un concepto vulgar de culpabilidad, necesariamente, en el uno hay más culpabilidad que en el otro (15). Y se comenzó a elaborar un concepto de culpabilidad como reprochabilidad. Y ya la culpabilidad comienza a ser entendida no como un simple vínculo psicológico entre el autor y el hecho. sino además, como un juicio de reproche. En el Código Penal Alemán, el estado de necesidad, (al menos uno de los casos del estado de necesidad) era causal de inculpabilidad (16). Con base en esto afirmó FRANK que, a veces, no obstante que existe vinculación psicológica entre el autor y el hecho, (pues quien mata a otro en estado de necesidad, al fin y al cabo sabe que mata) no existe culpabilidad.

Luego, si habiendo nexo psicológico no hay culpabilidad, no puede esta agotarse solamente en una vinculación psicológica, sino que la culpabilidad es algo más, es juicio de reproche (17). Ahora bien, él dijo que la culpabilidad era un juicio de reproche y tenia como sus elementos la imputabilidad, el dolo y la culpa y la exigibilidad de la conducta. Vemos entonces, al dolo y a la culpa todavía, como en el sistema clásico del delito, ubicados en la culpabilidad. Solo que la culpabilidad ya no es mera vinculación psicológica sino que también es juicio de reproche (18). Y esto es muy importante porque fue una de las maneras como se comenzó a resquebrajar todo el sistema clásico ideado por LISZT, BELING, RADBRUCH, en su principio básico: Todo lo objetivo en el delito es tipicidad y antijuridicidad y todo lo subjetivo es culpabilidad, y ésta es mera vinculación psicológica (19).

^{11.} Sobre esta escisión, véase RICHARD BUSCH, Modernas transformaciones en la Teoría del Delito, Temis, Bogotá, 1970, págs. 11 y 12; HELMUTH von WEBER, "Para la Estructuración del Sistema del Derecho Penal", en Doctrina Jurídica, Universidad Católica de La Plata, La Plata, Argentina, Nº 108, 2 de Marzo de 1973, pág. 1.

^{12.} La Tipicidad era una caracteristica objetiva, pues el tipo era la descripción externa del comportamiento sin predicado de valor alguno: "el tipo del delito no es más que un contorno (perfil) objetivo. Para su existencia es suficiente que la acción, externamente se presente como típica, como "muerte de un hombre". BELING, Die Lehre von Verbrechen, cit. pág. 178.

La Antijuridicidd surge en este sistema de la contradicción objetiva de la conducta con las disposiciones del ordenamiento jurídico como totalidad.

El concepto de Culpabilidad abarca todo el aspecto subjetivo del sucoso. La conciencia de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad.

^{13.} Hablamos de "culpabilidad normativa" y entendemos sólo los inicios de tal teoría, pues veremos, este era un causalismo sicologista en el sentido de que aún para FRANK el dolo y la culpa seguian en la culpabilidad como elementos. El juicio de reproche era un plus, lo nuevo aportado por FRANK. El concepto de acción, sin embargo, no cambió. La estructura del delito permanece igual, sólo que el contenido de la culpabilidad aparece con un ingrediente más: la reprochabilidad.

^{14.} Uber den Aufbau des Schuldbegriffs. Esta obra ha sido traducida al español (traducción de SEBASTIAN SOLER), con el título de "Estructura del concepto de Culpabilidad". Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Chile, 1966.

^{15. &}quot;Si bien ambos saben que se apoderan ilicitamente de dinero ajeno, de manera que en cuanto hace al dolo no media diferencia alguna, todo el mundo dirá que al cajero le alcanza mayor culpabilidad que al cartero", op cit. pág. 13. Esto no solo rige para los comportamientos dolosos, sino también para los culculposos: es más reprochable el guardagujas que después de un prolongado descanso, al iniciar el servicio, pone mal el desvío, que el compañero que incurre en la misma falta por fatiga después de una larga jornada de trabajo.

^{16.} Y todavía lo es en el Cédigo Penal de 1975, artículo 35 St-GB- Vergleich, Deutscher Taschenbuch, Munich, 1975. Si no se agota en una mera vinculación sicológica, "es preciso concebirlo (el concepto de culpabilidad) de tal modo que tome en consideración las circunstancias concomitantes y la imputabilidad". FRANK, op. cit. pág. 25.

^{17.} FRANK, op. cit. pág. 29.

Frank, op. cit. págs. 30 y 31. La culpabilidad es pues, en FRANK, un concepto heterogéneo, en el que el dolo y la culpa (antiguas formas de culpabilidad), pasan a ser elementes de la culpabilidad.

^{19.} En resumen, la culpabilidad como vinculación sicológica era insostenible: a) de un lado, como se ha dicho, habia casos en los cuales habia vinculo y sin embargo no había culpabilidad. b) De otro lado, en la culpa inconsciente, no habia tal vínculo y sin embargo se afirma la la existencia de la culpabilidad.

Los Elementos subjetivos del tipo

Digo que la culpabilidad como reprochabilidad fue una de las maneras como se comenzó a derrumbar el sistema clásico del delito porque, de otro lado, aquello de que la tipicidad y la antijuridicidad son objetivos y que todo lo objetivo pertenece al tipo y a la antijuridicidad, y todo lo subjetivo a la culpabilidad, también se resquebrajó con el descubrimiento de los elementos subjetivos del tipo (20).

ALBERT FISCHER en 1911, escribió un libro sobre "La antijuridicidad" (21), especialmente referida al derecho privado, donde decía que la antijuridicidad muchas veces dependía de que existiera o no en el comportamiento determinado elemento subjetivo. NAGLER, también en 1911 plantea la "antijuridicidad fundamentalmente objetiva" pero reconoce la existencia de elementos subjetivos a veces necesarios para la existencia de la antijuridicidad (22). En 1914 HEGLER (23) v MAX ERNST MAYER en 1915 siguen desarrollando tal teoría. Con SAUER en 1924 y con MEZGER en 1926 (24), culmina la elaboración de los Elementos Subjetivos del Tipo y de los Elementos Subjetivos de la Justificación. En resumen, lo que esos autores afirmaron fue lo siguiente: No es cierto que la tipicidad sea objetiva

vistas por la doctrina, la cual se dividió en la solución del problema: algunas afirmaban que en el delito culposo había una instancia dolosa (STUBEL, FEUERBACH, BERNER, R. KOSTLIN, ABEGG. TOHN, BINDING y RADBRUCH); otros, por el contrario, excluyeron el delito culposo del Derecho Penal (ALMENDINGEN, HERTZ). Sobre esto, véase JUAN BUSTOS RAMIREZ, Culpa v Finalidad, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1967, págs, 15 y 16.

20. Respecto a este punto, puede consultarse: MIGUEL POLAINO NAVARRETE, Los elementos subjetivos del Injusto en el Código Penal Español. Anales de la Universidad Hispalense, publicaciones de la Universidad de Sevilla Nº 13, Sevilla 1972. Sobre la evolución de los elementos subjetivos del tipo puede verse con gran

provecho: JUAN CORDOBA RODA, Una nueva concepción del delito, la doctrina

finalista, Ariel, Barcelona 1963, págs. 21 a 24.

Es importante anotar, desde luego, que no es lo mismo la problemática de los elementos subjetivos del tipo y la de los elementos subjetivos de la justificación. Ambos, los elementos subjetivos del tipo y los elementos subjetivos de la justificación, llegaron a demostrar, sin embargo, la insostenible del axioma clásico: lo objetivo pertenece al tipo y la antijuridicidad, lo subjetivo a la culpabilidad.

- 21. HANS ALBRECHT FISCHER. Die Rechtswidrigkeit, reeditada en 1966 (Sauer-Auverman, Frankfurt-Main). Realmente, primero fue la aceptación de los elementos subjetivos de la antijuridicidad, luego, al llegarse a la conclusión de que el tipo era fundamentador de la antijuridicidad, se habla del Tipo de Injusto y de elementos subjetivos del tipo.
- 22. Sobre la posición de NAGLER, véase, MIGUEL POLAINO NAVARRETE, op. cit. pág. 89 y CODOBA RODA, op. cit. pág. 21.
- 23. AUGUSTO HEGLER, Die Merkmale des Verbrechens, ZSTW, volumen 36, 1914, pags. 19 a 44 y 184 a 232. Es el primero que enfoca el problema de los elementos subjetivos desde un ángulo estrictamente jurídico-penal. Afirma el autor que si el tipo es la descripción de lo socialmente dañoso, en aquellos casos en los que el carácter socialmente danoso dependa de determinados elementos subjetivos, estos deben quedar incluídos en el tivo.
- 25. MEZGER, Der Gerichtssaal. Vol. 89. 1924, págs. 207 a 314; además, puede verse el Tratado de Derecho Penal, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1955. Vol. I. págs. 346 y siguientes.

y que también lo sea la antijuridicidad, porque puede ser que los tipos den relevancia a determinado comportamiento subjetivo, a determinado ánimo del autor, en tal forma que su existencia o inexistencia dependa de la constatación de aquellos. Frente al comportamiento objetivo de un médico que toca los órganos genitales de una niña de catorce años, nosotros no podemos decir si su comportamiento es un comportamiento lujurioso, o libidinoso; no podemos afirmar esto o decir que está practicando su oficio de médico, sin previamente entrar a averiguar cuál es el ánimo que orienta, caracteriza, precede y determina ese comportamiento material. Luego, el ánimo libidinoso, el ánimo lujurioso, es lo que nos está diciendo que estamos en presencia de un tipo penal o no. Otro ejemplo: Un individuo sustrae a una mujer de una casa mediante violencia. No podemos nosotros determinar en presencia de qué tipo estamos, del tipo de rapto o del tipo de secuestro, mientras no estudiemos el elemento subjetivo que orienta, caracteriza, precede y determina ese comportamiento (25). En consecuencia, el tipo no siempre puede evaluarse sólo en su aspecto objetivo, sino que hay elementos subjetivos que determinan la existencia o no de un tipo, o sea que según cual sea ese elemento subjetivo puede darse un tipo u otro (26). En la justificación, también, no basta con que existan los factores objetivos de justificación, sino que se necesita que el sujeto obre con el ánimo de defensa.

Con las explicaciones anteriores, he afirmado, que el rigido Esquema Clásico, de separación tajante entre lo objetivo y lo subjetivo se derrumbó, con la demostración de los elementos subjetivos en el tipo y con el nuevo concepto de reprochabilidad en la culpabilidad.

EL ESQUEMA NEOCLASICO

El Concepto Social de Acción

A la vez, se fue elaborando un distinto concepto de acción: el Concepto Social de Acción (27). El concepto Causal de Acción resultaba demasiado restringido, porque acción, se decía, es la modificación del mundo exterior perceptible por los sentido. Y qué hacer con la omisión? La omisión, se dijo, no es más que un comportamiento pasivo del sujeto, el sujeto no realiza una acción esperada. Ejemplo: observamos una mujer que no alimenta a un niño. A partir de esa simple observación no podemos saber si esa mujer está omitiendo o no en sentido juridico.

^{25.} Artículos 293 y 349 Código Penal.

^{26.} En el Código Penal Colombiano, la existencia del ánimo de aprovechamiento, determina la existencia o no del tipo, 397. Ahora bien: el que el ánimo sea "aprovechamiento" o satisfacer una venganza (en el caso en que una mujer, por ejemplo, saca un colchón perteneciente a otra con el ánimo de quemarlo en la calle para vengarse de la otra por "quitarle" su esposo) determina la exsitencia o del tipo 397 o del tipo 426.

^{27.} El mero concepto naturalista de acción, se que superando en forma tal que RADRUCH quien en 1904 había dicho que había que admitir aquel concepto amplio de acción, que exige únicamente la relación de causalidad entre la voluntad y el hecho y remite completamente a la culpabilidad el problema de cuál era el con-

Para nosotros decir: "esta mujer se está comportando y su comportamiento es omisivo, y por ende, delictivo", previamente tenemos que constatar que esta mujer tiene determinada relación con el niño (madre) y en consecuencia, afirmamos de ella que, por ser madre, tenia el deber jurídico de obrar. Así que el comportamiento como delictivo no se podía determinar solamente y a partir de la percepción de la modificación del mundo exterior, sino que en la determinación de la existencia del comportamiento entraban factores de carácter normativo, de carácter valorativo, de carácter jurídico. Y es que el derecho no se rige por las mismas leyes de la causalidad material, sino que el derecho en cuanto que es un regulador de comportamientos humanos, necesita parámetros o módulos propios de Valoración (28).

Así entonces, se dijo, acción es un comportamiento socialmente relevante. Vean ustedes, ya no se define la acción como la modificación exterior del mundo perceptible por los sentidos; se introduce en la determinación de la acción el factor social (29). Sin embargo, ellos, los partidarios del concepto social de acción, siguieron diciendo que lo que importaba para la determinación de la acción, era el que hubiera voluntariedad. Siguieron diciendo: el delito es acción típica, antijurídica y culpable para la existencia de la acción basta la simple voluntariedad. Y el contenido de la voluntad, lo que quiso el sujeto, recién se estudiará sólo en el campo de la culpabilidad. Elaborador principal del concepto social de acción, fue EBERHARD SCHMIDT.

En el fondo, el concepto social de acción seguía siendo un concepto solo causal de acción en cuanto que con él se identificaba; nada más que introducía un factor, un plus, que es la relevancia social del comportamiento. A esta afirmación del concepto social de acción se le han hecho críticas bastante fuertes, sobre todo por parte del Finalismo que, como veremos, afirma que la esencia de la acción se determina por el contenido de la voluntad, y que la relevancia social de la acción no hace parte como factor estructural de la misma, pues nadie duda que Robinson Crusoe, solo, en la isla, realizaba acciones; si bien es cierto no tenían relevancia social, sin embargo él actuaba. Cuando nosotros obramos y realizamos acciones múltiples, montar a caballo, caminar, comer, estudiar, etc., realizamos acciones; solo que esas

acciones no son típicas, no son acciones prohibidas en determinadas circunstancias. Pues bien, tenemos entonces que el concepto Neoclásico del delito seguía sosteniendo el concepto causal de acción, pero introduciendo en el campo de la culpabilidad el elemento de reproche que había sido decubierto por FRANK, dearrollado por GOLDSCHMIDT y por FREUDEN-THAL (30). En el Esquema Neoclásico, se dijo, para la existencia de la acción, basta la "voluntariedad". En la tipicidad y en la antijuirdicidad, también hav elementos subjetivos. La culpabilidad, dijeron, es Reprochabilidad, más dolo o culpa, exigibilidad de la conducta, e imputabilidad. EDMUNDO MEZ-GER, por ejemplo, es representante de este esquema Neoclásico del delite. Vean ustedes que dentre de la culpabilidad están todavía el dolo y la culpa, pero mientras que en el esquema clásico del delito el dolo y la culpa son grados de culpabilidad porque culpabilidad es el nexo psicológico que hay entre el hombre y el hecho, en el esquema neoclásico del delito la culpabilidad es dole y culpa, pero dolo y culpa son formes de culpabilidad. Es distinto decir con el sistema clásico, el dolo y la culpa son grados de culpabilidad y ahí se agota el concepto, a afirmar que son formas de culpabilidad junto con los otros conceptos de exigibilidad, imputabilidad, reprochabilidad.

Tal nueva concepción de la antijuridicidad como lesión a intereses jurídicos tutelados y dañosidad social, determinaba que allí donde no hubiera lesión de intereses no debía predicarse delito. Esto determinó el reconocimiento de causales de justificación no codificadas (como el estado de necesida supralegal) sobre le consideración de que de dos bienes en conflicto, en provecho social, debía pre-

ferirse el bien superior.

tenido del querer, luego, en 1930, consideró que "este absoluto concepto naturalístico de acción no es apropiado para servir como piedra angular del sistema del delito, como portador de los demás caracteres, la antijuridicidad, la imputabilidad, la tipicidad". (Festgabe fur REINHARD VON FRANK, 1930, Vol. I, edición Sciencia Verlag Aalen, Tijbingen, 1909, pág. 161.).

Sobre esto, puede verse a JOSE ARTURO MUÑOZ, la doctrina de la Acción Finalista, Anales de la Universidad de Valencia. Vol. XXVII, Curso 1953-1954, pág.
 a 28; ENRIQUE BACIGALUPO, Delitos Impropios de Omisión, Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1970.

^{29.} Acerca del Concepto Social de Acción puede verse, LUIS CONSINO MAC IVER, Derecho Penal Chileno, Ed. Jurídica de Chile, 1975, págs. 483 a 490 y EUGENIO RAUI. ZAFFARONI, El Concepto Social de Acción en el Derecho Penal, en Revista Jurídica Veracruzana, Veracruz, Méjico, Nros. 1-2, Enero a Junio de 1974, págs. 5 a 30 y su gran obra Teoría del Delito, Ediar. Buenos Aires, 1973, págs. 135 a 144. EBERHARD SCHMIDT, Sociale Handungslehre, en Festchrift fur KARL ENGISCH, Frankfurt am Main 1969, págs. 339 a 352.

^{20.} En el análisis de la corriente Neoclásica, es indispensable tener en cuenta la base filosófica que la sustenta: el Neokantismo. La realidad del derecho no es la realidad escueta del mundo natural, sino la realidad social llena de sentido. El derecho refiere los hechos a valores y fines: a los intereses de la sociedad y al fin del castigo de las conductas lesivas de esos intereses. El Neokantismo influye en la comprensión de la Tipicidad y la Antijuridicidad, en la comprensión de lo que cada uno de estos conceptos es y en la concepción de las relaciones existentes entre uno y otro concepto. La antijuridicidad deja de entenderse como la relación objetiva de contradicción entre un comportamiento y una norma juridica y pasa a ser "injusto material", dañosidad social o lesión a intereses jurídicos, lesión que, dicho sea de paso, a veces "depende de la dirección subjetiva de la voluntad", como afirma MEZ-GER, Gerichtssaal, cit. pág. 257.

Tal nueva concepción de la antijuridicidad como lesión a intereses jurídicos tu-

También cambia la relación entre tipicidad y antijuridicidad; la tipicidad deja de ser considerada meramente objetiva (recuérdese el descubrimiento de los caracteres subjetivos y normativos del tipo pág. 6) para considerarse un medio de ayuda del legislador en orden a abarcar la esencia material de la antijuridicidad, la tipicidad es un momento de la antijuridicidad. Y si esto es así, tenemos lo siguiente; "lesión de intereses,", que a veces depende de elementos subjetivos. Pero como el tipo no es sino la descripción de lo que es antijurídico (tipo de injusto) la tipicidad es fundamentadora de la antijuridicidad. La definición del delito de MEZ-GER como "acción típicamente antijuridica y culpable" (Tratado, cit, pág. 156) depende de toda esta nueva concepción. La tipicidad implica necesariamente la antijuridicidad. Las causales de justificación descartan también la tipicidad. La tipicidad ya no es un mero indicio de la antijuridicidad, sino su fundamentadora. Ya no es simple ratio cognoscendi, sino ratio essendi (sobre lo dicho en esta nota puede verse a CORDOBA RODA, op. cit. pág. 18 y siguientes; JESCHECK, Lehrbuch, cit. 153: criticamente, WELZEL, introducción a la Filosofía del Derecho, Ed. Aguilar, 1971, 163. 191 y siguientes: Positivismo y Neokantismo, Anales de la cátedra Francisco Suárez de Granada, 1962, pág. 193 a 202. Específicamente sobre la filosofia del Neokantismo puede consultarse a KARL LARENZ. Metodología de la Ciencia del Derecho, Ariel, Barcelona 1966: ALESSANDRO BARATTA, Positivismo Guiridico e Scienza del Diritto Penale, Ed. Guiffré, Milano, 1966.

a esta hecho puede haber varios tipos. En aquellas legislaciones en las que hay disparo de arma al aire, puede haber tipo de disparo de arma al aire;

ESQUEMA FINALISTA

El concepto final de acción

Por último llegamos al Esquema Finalista del delito. Cuál es, a grandes rasgos, el Esquema Finalista del delito? Realmente la teoria finalista no es sino la culminación del proceso que comenzó con el resquebrajamiento del esquema clásico del delito; la teoría finalista de la acción no es sino la culminación del concepto de lo subjetivo en el tipo y de la culpabilidad como un juicio de reproche (31). Vale decir que la afirmación de la teoría finalista fue la de que no había que quedarse corto, y no había que decir con el sistema Neoclásico, la antijuridicidad y la tipicidad son especialmente objetivas, y también hay factores subjetivos. Ni había que decir solarnente, con ellos, la culpabilidad es dolo y culpa como formas de culpabilidad, más reprochabilidad, sino que había que afirmar que el Tipo es, siempre, Tipo objetivo y subjetivo a la vez y la Culpabilidad es puro juicio de reproche. Veamos esto más a espacio.

Welzel comenzó su obra criticando el concepto causal de acción sobre la base de la critica del pensamiento neokantista (32). Y sobre una nueva interpretación de los juicios apriori kantianos, afirmó que las categorías del conocimiento son al mismo tiempo categorías del objeto del conocimiento. Es decir, que las categorías del conocimiento también son categorías reales (33). Después de que él demostró esto, observó la acción y vio que en la acción, factor constitutivo era la intención, la finalidad. Y dijo; para la existencia de una acción no basta afirmar que hay voluntariedad, sino que es necesario averiguar el contenido de esta acción, la voluntad. Este contenido de la voluntad determina la acción concreta. Suponganse ustedes que le sale un hombre a otro al camino, con una escopeta y le dispara sin hacer blanco (34): frente 33. El nuevo sistema, cit. pág. 13.

34. Aunque aquí ponemos como ejemplo una acción delictiva, nos apresuramos a afirmar que la teoría finalista de la acción, es una explicación de la acción humana, no sólo de la acción ilícita. Esta teoría lo que resalta es la estructura esencial de la acción humana en general. Sobre el particular, expresamente ha afirmado WELLZEL: "La doctrina de la acción no se ocupa en primer término de las acciones relevantes no para el Derecho Penal, sino que desarrolla el principio estructural general de las acciones humanas, es decir, su dirección en función del fin anticipado mentalmente (junto a la selección de los medios y la consideración de los efectos concomitantes) y su realización en dirección al fin. En este sentido es completamente indiferente el fin de que se trate o que este sea o no relevante para el Derecho". La doctrina de la acción finalista, hoy; conferencia dictada en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos el 22 de Abril de 1968, Madrid. Anuario de Derecho Penal y Crimínología, 1968, pág. 223.

si la intención de este sujeto es atemorizar a la víctima para, por ese medio, apoderarse de una cosa mueble ajena, estaremos en presencia de una tentativa de robo; si solamente tenía la intención de causarle una perturbación funcional, estaremos en presencia de una tentativa de lesiones personales (aun cuando la generalidad de los autores nacionales afirman que no hay tentativa de lesiones, realmente desde el punto de vista teórico, conceptual, no hay ninguna imposibilidad de existencia, solamente que habrá algunas dificultades de prueba); o si tenía el propósito de matar, puede haber una tentativa de homicidio o una tentativa de asesinato, según los casos. Aquí se pone de manifiesto, pues, la función de individualización o determinante del tipo que desempeña la finalidad.

Cómo sabemos en presencia de qué acción y en presencia de qué tipo concreto estamos? Averiguando el contenido de la voluntad (35). WELZEL observó la naturaleza de la acción y dijo que "acción humana es ejercicio de actividad final"; dijo de la actividad humana, que es "vidente" por oposición al acontecer causal que es "ciego" (36). Basado en HARTMANN (37), quien es de los autores que mejor estudian la estructura de la acción, afirma que el hombre obra con base en el conocimiento que tiene del acontecer casual y con base en ese conocimiento determina los medios para conseguir el objetivo que se propone. El objetivo es matar, pero, quiere matar mediante una inundación, mediante un arma de fuego, mediante una arma cortopunzante? El hombre se propone objetivos, y al proponer sus objetivos, mentalmente avanza sobre el flujo del tiempo; de allí retrotrae (contra el flujo

^{31.} En este sentido y como demostración del aserto, es magnífica la obra de COR-DOBA RODA, Una nueva concepción del delito, cit. pág. 10, capítulo II.

^{32.} Naturalismus und Wertphilosophie, 1935. Este trabajo ha sido reeditado en 1975:
Abhandlungen Zum Strafrecht und Zur Reehtsphilosophie, Walter de Gruyter,
Berlin, New York, págs. 29 a 119.

^{35.} Los tipos de la parte especial, no son sino descripciones de acciones. Solo informándonos acerca del contenido de la acción podremos afirmar uno u otro tipo.

^{36. &}quot;Acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer "final", no solamente "causal". 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 limites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso Por eso, la finalidad es —dicho en forma gráfica— "vidente", la causalidad, "ciega", Welzel (Derecho Penal Alemán, cit. pág. 53-54).

^{37.} Aunque muchos afirman ser HARTMANN el filósofo de cabecera de WELZEL, éste lo ha negado. Reconoce sí haber adoptado el esquema de la acción que trae Hartmann en su Ethik y en Das Problem des gestigen Seins (Etica y el Problema del Ser Espiritual), por "el análisis de claridad poco común de la estructura de la acción" que hace tal autor. El concepto "finalidad", lo tema de Hartmann y lo utiliza en el mismo sentido de "intencionalidad", expresión que había utilizado en uno de sus primeros trabajos, (Kausalitát und Handlung) (causalidad y acción) para designar la "legalidad estructural" de la acción humana. Lo mismo había hecho en 1930 en su trabajo Strafrecht und Philosophie. Estos trabajos han sido recientemente reeditados junto con otros: Abhandlugen zum Strafrecht, obra ya citada. Sobre la afirmación de WELZEL en el sentido de no deber las bases metodológicas de su doctrina a HARTMANN y la verdad de su afirmación, puede verse a Zong Uk Tjong, "Origen y fundamento filosófico de la teoria de las estructuras lógico-objetivas en el Derecho Penal".

del tiempo) su pensamiento, elige los medios sobre la base del acontecer causal (38). Y nuevamente se sitúa en el fin, en el objetivo propuesto, y examina las otras posibles consecuencias que puede tener su comportamiento. Todo esto opera en el campo subjetivo y es la Fase Interna de la acción. Después de que ha fijado el objetivo y ha escogido los medios y ha considerado las circunstancias concomitantes que pueden venir como consecuencia de ese hecho, obra. Aqui comienza la Fase Externa de realización.

Qué diferencia hay cuando nosotros percibimos en el mundo exterior una tensión muscular sobre un gatillo, una bala que se desplaza en el aire con los movimientos de rotación y traslación y que mata? Qué diferencia hay entre ese suceso y el suceso de un rayoque mata a un hombre? Sencillamente que en el primer caso hay una causalidad dirigida, pues acción humana, es ejercicio de actividad final. Y por cuanto que todo esto se basa en el conocimiento que el hombre tiene del acontecer causal y en la posibilidad de preverlo y domínarlo dentro de ciertos límites y poner ese conocimiento al servicio de fines que mentalmente se ha propuesto, por ello se afirma que la acción humana es vidente, el acontecer causal es ciego.

A partir de lo anterior, afirma WELZEL, la voluntad es la espina dorsal de la acción, es su elemento constitutivo y determinante. La acción del hombre es final, sea socialmente relevante o no, y más concretamente sea típica o no lo sea. De todas formas, la acción es final. La finalidad es una categoría ontológica, como categoría ontológica también lo es la categoría de la causalidad (39). Si la voluntad hace parte de la acción como su elemento

constitutivo y determinante de las acciones en general, también lo tiene que ser de las acciones tipicas. El dolo no es más que la finalidad jurídicamente relevante.

Ahora bien; si la voluntad, la intención, está en la acción, y si el tipo es concreción o descripción de la acción, la voluntad está en la acción y a través de la acción en el tipo; no está en la culpabilidad como afirman los clásicos y neoclásicos. Y entonces, qué es el Tipo? El tipo es la descripción de la conducta, pero en el tipo hay factores objetivos y subjetivos y la intención, el dolo, hace parte de los elementos subjetivos del tipo, junto con las teridencias del autor y los especiales momentos del ánimo, como luego se verá. La culpabilidad en qué queda? Para la teoría finalista de la acción, la culpabilidad queda como un mero juicio de reproche; tiene como elementos la conciencia de la antijuridicidad o el potencial conocimiento de ella, la imputabilidad y la exigibilidad de la conducta; pero el dolo y la culpa no están ya en la culpabilidad, sino que, y hablemos particularmente del dolo, está en el campo de la acción (40).

Lo anterior, revoluciona toda, absolutamente toda la estructura del delito, porque mientras que en el pensamiento clásico y neoclásico, por ejemplo, el dolo es conciencia y voluntad de realizar el tipo, más conciencia de la antijuridicidad, para la teoría finalista de la acción el dolo simplemente es la conciencia y la voluntad de realizar el tipo, y está ahí en la acción (41).

La culpabilidad es un Juicio de reproche que se lanza si el sujeto tenia la conciencia y la posibilidad de determinarse de acuerdo con ese conocimiento (42). Y mientras que en el esquema clásico y neoclásico se habla de error de hecho y error de derecho, en la escuela finalista se viene a hablar de error de tipo y de prohibición. Y qué pasa? Un error de tipo, no descarta la culpabilidad como en el esquema clásico o neoclásico, sino que el error de tipo descarta el dolo, y al descartar el dolo descarta la acción típica, y para decir por este aspecto que un sujeto no es responsable no hay que

En el pensar Teleológico explica HARTMANN las tres fases de la acción: 1. —
Proposición del fin; 2. — Selección de medios; — 3. Realización. Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1964, pág. 307.

^{39.} Repárese muy bien que aunque la acción humana en su segunda etapa es un proceso real-causal, es sin embargo, dirigido. Y esto es de trascendental importancia, pues con la exaltación no se trata de la importancia de la categoria de la finalidad no se trata de negar la importancia de la causalidad o de decir que una excluya a la otra, sino reconocer que ambas son categorías y que tan real es la finalidad como la causalidad. "La finalidad, afirma WELZEL, es como la causalidad, un concepto ontológico. No es invento de alguna teoría, sino una objetiva ley estructural del ser, y precisamente, del obrar humano. Ella no puede ser creada sino descubierta". Um Die Finale Handlunglehre, Recht und Staat, Número 146, Tübingen, 1949, pág. 7. Afirmar que la finalidad supradetermina la causalidad no es negarle a esta su importancia. Es más, la finalidad supone la causalidad pues como dice HARTMANN. "una causalidad universal no paraliza de ninguna suerte la acción, antes bien es su supuesto. En un mundo que no estuviere predeterminado causal y universalmente, no podría haber ningún proceso final". Si no hubiese una determinada secuencia causal de fuerzas, circuns ancias o sucesos existentes, nadie podría elegir entre ellos los medios apropiados para sus fines". (El pensar teleolégico, cit. pág. 311). WELZEL acepta lo anterior y le dice expresamente: "La segunda etapa de la dirección final se lleva a cabo en el mundo real. Es un preceso causal en la realidad, sobredeterminado por la definición del fin y los medios en la esfera del pensaziento". Derecho Penal Alemán, cit. pag. 56. En la conferencia dictada en Madrid, ya citada, recalcó: "Lo único que me interesa en la doctrina de la acción es poner de relieve el principio estructural, general, de la acción humana, es decir, de su dirección y demostrar que la "acción" también en su curso "externo", es un acontecer dirigido por la voluntad, por consigniente, una unidad, de voluntad interna y hecho externo", pág. 223.

^{40.} El dolo está en el tipo, pues el delito no es solo acción, sino "acción típica, antijurídica y culpable". El dolo (intención) "sale" de la culpabilidad y permanece en la acción típica. Yo no diria que el finalismo "trasladó" el dolo de la culpabilidad a la acción. Si esto se afirma, se hará solo en referencia al tratamiento y ubicación que de él hacía la doctrina tradicional. Porque la verdad es es que WELZEL no trasladó el dolo. El simplemente lo dejó donde lo encontró, en el lugar que ontológicamente le corresponde: en la acción.

^{41.} Con razón CIAUS ROXIN ha hablado de una "revolución copernicana" en la teoría del delito.

^{42.} Habíamos dicho que la teoría finalista es una culminación de la evolución de lo subjetivo en el tipo y de lo normativo en la culpabilidad. Sobre este último punto debe afirmarse que tal teoría se presenta como partidaria de un normativismo puno. Esto, por cuanto reduce la culpabilidad a un puno juicio de reproche. En la culpabilidad se estudia la imputabilidad, la conciencia actual o potencial de la antijuridicidad y la exigibilidad de la conducta. Como se ha visto, el dolo y la culpa quedan en el tipo. Se ha criticado al finalismo "el vaciamiento del concepto de la culpabilidad". No se trata de ello, pues al fin y al cabo, sólo se ha producido la depuración de elementos extraños a la culpabilidad. Se sacó de allí al dolo ya que allí no era su puesto (WELZEL, El nuevo Sistema, pág. 84).

avanzar basta la culpabilidad; no hay que decir como dicen los clásicos y neoclásicos: acción típica, antijurídica y culpable y absolverlo en la culpabilidad. En la teoria finalista se absuelve porque obró con error; decimos simplemente, no hay acción típica (43). Veámoslo con un ejemplo: hay varios amigos cazando; uno de ellos ve que se mueve algo en un matorral y dispara creyendo que es un conejo; resulta que mata a su amigo que pocos momentos antes se había adelantado. Qué dicen los Clásicos y Neoclásicos? Allí hay una acción porque hubo voluntariedad, hubo modificación del mundo exterior, hay acción típica, antijurídica; veamos a ver si es culpable, y dicen: "no tuvo la intención de matar. luego no hubo dolo". Hubiera podido prever o previó pero confió en poder evitar? Habrá culpa? Estas preguntas las hace en el campo de la culpabilidad, y si constanta esto dice: lo absuelvo porque no hay culpabilidad; no hay formas de culpabilidad, no hay dolo ni culpa. La teoría finalista de la acción afirma: puesto que la intención hace parte

43. Tradicionalmente se había distinguido entre error de hecho y error de derecho y ambos se trataban en el campo de la culpabilidad. La teoría finalista distingue entre Error de Tipo y Error de Prohibición. Este se estudia en el campo de la culpabilidad, aquel en el tipo. Fijémonos por ahora en el Error de Tipo: se parte de la base de que el dolo es conocer y querer la realización del hecho descrito o sea conocer y querer la realización del tipo. Ahora bien: en el tipo encontramos elementos Subjetivos, elementos Descriptivos y elementos Normativos, Estas dos clases de elementos es lo que se denomina aspecto obletivo del Tipo, al lado del denominado aspecto subjetivo que comprende el dolo, los elementos subietivos del injusto y los especiales elementos del ánimo. Para que haya acción típica es necesario que exista concordancia entre el tipo subjetivo y el tipo objetivo. Si existe error sobre el aspecto objetivo del tipo, estamos en presencia del denominado Error del Tipo. (Sobre esto, puede verse a ENRIQUE BACIGALUPO. Lineamientos de la Teoría del Delito, Ed. Astrea, 1974, Buenos Aires, pág. 46 y s.s.)

De aquí se siguen consecuencias importantes que quiebran concepciones tradicionales. Veamos más despacio: Elementos Descriptivos son los que pueden verse o constatarse mediante los órganos de los sentidos. Ejemplo de ellos es el "sustraer" del artículo 397; "ganado mayor" del art. 398 numeral 7; "recién nacido", art. 369, etc. Pero muchas veces los elementos del tipo no se perciben mediante los órganos de los sentidos sino en virtud de valoraciones de carácter jurídico o ético social. Así sucede con el elemento "ajena" del 397, o con la expresión "documento" o "falso" al tratar de falsedad en documentos. También así sucede con el carácter "innoble" o "bajo" del 363 numeral 2 o con el carácter "desnonroso" o "inmoral" del 333 o el carácter de "objetos obscenos" del 248. Lo que todas estas expresiones significan queda al arbitrio del juez, quien tendrá que tener en cuenta necesariamente consideraciones de tipo juridico o cultural.

Pues bien, si el tipo objetivo comprende elementos descriptivos y elementos normativos y el tipo objetivo debe ser abarcado por el dolo, y este es indispensable para la existencia de la acción, el error de tipo descarta la existencia del dolo y por tanto la existencia de la acción misma. Ejemplo: el tipo de homicilio habla de "matar a otro". El elemento objetivo está integrado por la Acción Fisica (movimiento muscular), el resultado v la Relación Causal.

Para la existencia del dolo y por lo tanto de acción de matar es indispensable que el sujeto sepa que dispara contra un hombre y quiera hacerlo. En el ejemplo del cazador propuesto, hay acción de disparar, pero no hay acción de matar, pues no hubo la intención de disparar contra un hombre. El error versa aquí sobre un elemento Descriptivo. Pero supóngase que alguien toma una cosa ajena desconociendo su calidad de ajena o la vende como propia desconociendo algún gravamen. Aquí también hay un error sobre el tipo objetivo, y que recae ya no sobre elementos descriptivos sino sobre elementos normativos los cuales, como hemos dicho, pueden ser de contenido jurídico (ajena, por ejemplo) o ético-social (innoble. bajo, deshonroso). Si un estudiante por equivocación saca de mi oficina un libro de mi pertenencia, realiza una acción de sustraer, pero no una acción de sustraer

constitutiva de la acción y el tipo es descripción de acción, entonces el error de tipo descarta el dolo, y descartando el dolo descarta la acción típica. Y en el caso que les pongo del cazador, dice la teoría finalista de la acción: cuál era el contenido de la voluntad? El contenido de la voluntad, lo que el sujeto quería, era dispararle al conejo porque ese era el contenido de su voluntad. Pero el contenido de su voluntad no era matar a un hombre. Y corno el tipo de homicidio dice "el que mate a un hombre", y tal tipo objetivo es la muerte de un hombre, pero el tipo subjetivo tiene que coincidir para la existencia del delito de homicidio, con el tipo objetivo, aquí no podemos predicar su existencia. Y si existe este error esencial de hecho. que viene a ser un error de tipo, su contenido de voluntad no era matar al hombre y mal puede decirse que hay acción de homicidio; hay acción sí, pero acción de disparar, y de dispararle al conejo, pero no hay acción de matar (44).

constitutiva del delito de hurto, pues la acción descrita por el artículo 397 consiste en "sustraer una cosa ajena". Para la existencia del dolo debe haber conocimiento de que se sustrae una cosa y de que esa cosa es ajena. El error sobre el carácter de ajenidad, descarta el dolo y sin dolo no puede haber la acción típica contemplada en el artículo 397. Mientras que la Teoría Causalista diría que en los ejemplos propuestos hay acción típica, porque hubo una modificación del mundo exterior ocasionada con voluntariedad, la Teoría Finalista, que se fija en el contenido de la voluntad, descarta la existencia de la acción que el tipo contempla. Desde luego que la Teoría Causalista absolvería al ciudadano, pero por falta de culpabilidad. Según la Teoría Finalista se absolvería por inexistencia de la acción

Para terminar esta nota, algo más: mientras la corriente causalista habla de error de Hecho y error de Derecho, y a ambos los trata en la culpabilidad (por falta de dolo), en la Teoría Finalista se habla de Error de Tipo y Error de Prohibición. A aquel lo trata en el tipo y a este lo trata, igual que la teoría causalista, en la culpabilidad. Estas divisiones no se corresponden: que error de Tipo no es igual a error de Hecho y error de Prohibición no es igual a error de Derecho, lo demuestra el ejemplo de la sustracción de la cosa ajena desconociendo esta calidad. Este es un error de Tipo que versa, sin embargo, sobre un aspecto de Derecho. Al contrario, un error de Prohibición puede fundarse en un error de Hecho como sucede en el caso de la defensa putativa: aquí el sujeto yerra sobre un hecho (cree que lo atacan sin que el ataque exista en el mundo objetivo) y este error genera la creencia de que puede licitamente defenderse: el sujeto sabe que mata pero cree que le está permitido. (Sobre la no equivalencia de las decisiones, puede verse a WELZEL, El nuevo sistema, pags. 115 y 116. Lo anterior muestra cómo la concepción que se tenga sobre la acción, repercute en la sistemática del error.

44. Si el error de tipo descarta el dolo y la acción típica, el error de prohibición descarta la culpabilidad. Aquel recae sobre cualquiera de los elementos del tipo, sea fáctico o jurídico, según lo visto en la nota anterior. El error de prohibición, en cambio, versa sobre la antijuridicidad del hecho, Según lo dijo la Jurisprudencia Alemana, "El autor sabe lo que hace, pero supone erróneamente que estaría permitido" (B. G. H., citado por WELZEL, Derecho Penal Alemán, ci.t pags. 232-233). El error de prohibición puede darse porque:

1. El sujeto desconoce la ley. 2. La interpreta mal o 3. Supone como existente una causal de justificación.

Aquí, todavía hay que distinguir: a. El autor se equivoca sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación (cree que lo atacan, cuando en realidad no es asi: defensa putativa). b. Error sobre los límites (el que hiere a otro para detenerlo, crevendo que la lev le permite esto), c. Cree el sujeto erróneamente, que concurre en su obrar, una causal de justificación (como el que cree que puede corregir a los niños vecinos impertinentes, porque "para un muchacho grosero, cualquiera es el padre". (Ver WELZEL, Derecho Penal Alemán, cit., págs. 233 y 235). He afirmado que esta teoria produce una revolución copernicana dentro de la dogmática. En efecto:

- En cuanto a la ubicación del dolo; el dolo ya no está en la culpabilidad sino en la acción.
- 2. En cuanto al concepto del dolo; el dolo ya no exige la conciencia de la antijuridicidad. La conciencia de la antijuridicidad se fija en la culpabilidad como elemento del juicio de reproche (65).

45. El finalismo, al igual que el causalismo, también tiene en cuenta la conciencia de la antijuridicidad. Empero, una y otra corriente da significado y lugar sistemático diferente al concepto. En efecto: hemos visto, el dolo para el finalismo, no implica la conciencia de la antijuridicidad. Como dice MAURACH "es el querer regido por el conocimiento, el la realización del tipo objetivo". Tratado de Derecho Penal, Ario, Barcelona. 1962, Tomo I, pág. 302.

No implica la conciencia de la antijuridicidad, recalcamos. Para los causalistas en cambio, la conciencia de la antijuridicidad hace parte del dolo y este es el conscer y el querer la realización del tipo, más la conciencia de la antijuridicidad. En el finalismo, esta se tiene en cuenta como parte del juicio de reproche. O sea, ambos estudian la conciencia de la antijuridicidad en la culpabilidad. El finalismo, como componente del juicio de reproche (la culpabilidad es mero juicio de reproche). El causalismo como elemento del dolo (la culpabilidad es dolo y culpa).

Ahora bien: una cuestión compleja es determinar cómo exigen uno y otro esa conciencia de la antijuridicidad. Es necesaria su actualidad? Es suficiente su potencialidad? Respecto a esto, encontramos dos torías denominadas "teoria del dolo" y "teoria de la culpabilidad". Veámoslo someramente:

L TEORIA DEL DOLO. Dentro de esta teoría, el conocimiento de la antijuridicidad pertenece al dolo. Pero se distingue: a) Teoría "estricta" del dolo. El conocimiento del injusto hace parte del dolo y debe ser ACTUAL. Falta esa conciencia de la antijuridicidad, cuando hay un error de tipo y cuando el sujeto no es consciente de que obra injustamente, como cuando supone, sin existir realmente que existe una causal de justificación o de exclusión de la responsabilidad, o no conocía la prohibición. Quiere esto decir que el error de tipo y el error de prohibición, tienen la misma consecuencia, se equiparan. Si el error es inevitable, se descarta toda responsabilidad, si no hay conciencia actual, se descarta el dolo. Si el error es evitable, se descarta toda responsabilidad, si no hay conciencia actual, se descarta el dolo. Si el error es evitable, se castiga a titulo de culpa, si hay tipo culposo.

b) Teoría "limitada" del dolo. Solo exige para la existencia del dolo, el potencial conocimiento del injusto. Surgió esta teoría como reacción contra la anterior pues aquella se llegaba a absoluciones infundades (casos graves en los que la no conciencia de la antijuridicidad se debía a una gran indiferencia) o, al contrario, a condenas por "culpa de derecho" (suponer probado o fingir el conocimiento del injusto, o darlo por probado a partir del conocimiento del tipo). Dijeron entonces los partidarios de esta teoría que quien delinque en una situación de gran indiferencia ante el derecho demuestra gran "enemistad al derecho", "ceguera jurídica" y merece ser tratado "como si hubiera" actuado delosamente. Desde luego, al castigar los casos de culpa "como si" fueran dolosos, ello no operaba sino en los casos especialmente reprochables de evitabilidad

sos, ello no operaba sino en los casos especialmente reprochables de evitabilidad.
TEORIA DE LA CULPABILIDAD. La culpabilidad no es vinculación sicológica.
la culpabilidad es reproche. Empero, hay que distinguir:

A. Teoría "estricta" de la culpabilidad. Es la seguida por la teoría finalista: el conocimiento del injusto no hace parte del dolo. Este está en la acción, es tipo subjetivo. La conciencia actual o potencial de la antijuridicidad hace parte del juicio de reproche. Pero repárese bien: se habla de conciencia actual o potencial. Desde nuego, el reproche será mayor o menor en uno u otro caso. Sin embargo, lo habrá de todas formas. El error de tipo, hemos visto, descarta la acción por inexistencia de dolo; veamos que pasa con el error de prohibición: si el error era invencible no se hace reproche alguno. Se absuelve, por falta de culpabilidad. Si el error es vencible se atenuará el reproche en relación al

Como consecuencia de lo anterior surge la división entre error de tipo y error de prohibición. El error de tipo, descarta el dolo, y por ende la acción típica, como se ha visto. El error de prohibición descarta la culpabilidad, porque la conciencia de la antijuridicidad o la posibilidad de la conciencia de la antijuridicidad, hace parte de la culpabilidad como juicio de reproche. Y quien no sabía de manera inevitable que está obrando de manera injusta, no puede ser reprochado y a ese sujeto no se le puede decir: "Usted obró culpablemente". Si el error era evitable, se condena por delito doloso (aun sin actual conciencia de la antijuridicidad) pero se atenúa la pena por ser atenuado el reproche. A la vez, dentro del error de tipo se distingue entre error vencible y error invencible. Si el error es invencible se descarta todo tipo. Si el error es vencible, se examinará si ese sujeto pudo prever o no y se examinará si hubo acción culposa. Caso de que se determine que su acción fue culposa habrá responsabilidad por culpa si hay tipo culposo. La culpa y el dolo se diferencian ya en el campo de la acción y no en el campo de la culpabilidad.

También el concepto finalista de la acción tiene repercusiones en cuan-

reproche que se hiciera si el obrar fuera doloso, pero de todas formas se reprocha. Se atenúa la responsabilidad y por tanto la pena.

Aquí la diferencia con la teoría del dolo es radical: en esta teoría, (en la teoría finalista) se puede ser responsable por comisión de un hecho doloso, sin haber obrado con conciencia actual de la antijuridicidad. Más claro: conciencia y voluntad de realizar el tipo ("Jlo) + conciencia de la antijuridicidad = responsabilidad total, por total reproche. Conciencia y voluntad de realizar el tipo (dolo) + no conciencia de la antijuridicidad por error invencible = no responsabilidad, no por falta de dolo (éste permanece), sino por falta de culpabilidad, (no hay reprochabilidad) porque falta la conciencia del injusto. Recuérdese que requisitos para que exista juicio de reprochabilidad es que exista imputabilidad, conciencia actual o potencial del injusto y exigibilidad de la conducta.

Conciencia + vountad de realizar el tipo + error vencible (conciencia potencial del injusto) = responsabilidad por delito doloso (el dolo queda intacto), pero responsabilidad atenuada. Repérese bien: es sólo una responsabilidad atenuada por ser el reproche atenuado, no se trata de una responsabilidad culposa. En la teoría del dolo, si el error es invencible, recuérdese, se absuelve por falta de dolo, si el error es vencible se condenará por culpa, si hay tipo culposo. En la teoría finalista, si el error de prohibición es vencible, se condena por delito doloso, pero se atenúa, pues para WELZEL, como se verá luego, no puede hablarse ahí de delito culposo, pues el tipo culposo y el tipo doloso materialmente son diferentes.

B. Teoría "limitada" de la culpabilidad. Aquí se distingue entre error de tipo (que descarte el dolo o sea la acción típica) y error de prohibición. Luego esta teoría distingue entre desconocimiento de la norma general prohibitiva y dice: error invencible = absolución. Error vencible = responsabilidad por dolo pero culpabilidad atenuada. Pero si no se trata de esto sino de error en cuanto a una causal de justificación se distingue de nuevo:

a. Faror sebre existencia de un hecho que de concurrir justificaria la conducta. Esto lo tratan como error de tipo (invencible = absolución. Vencible = se aplica la pena correspondiente a la imprudencia, si existe tal tipo).

b. Si el error versa sobre limites o existencia de una causal de justificación, se aplicam los principios generales del error de prohibición: error invencible = inculpabilidad Error vencible = culpabilidad dolosa atenuada. (Sobre lo anterior, MAUNACH, op. cit. Tomo II, pág. 131; Tres conferencias, Revista Universidad Externado de Colombia, Vol. VI, Nº 3, Diciembre 1965, págs. 357 a 365).

to al concepto de omisión, en cuanto al concepto de participación, etc., pero no es del caso entrar a analizar.

Veamos muy someramente y sólo referido a un punto, el dolo, en qué medida este esquema sería aplicable en el proyecto del 76. Dice el proyecto, capítulo "De la culpabilidad" art. 39: "Para que la acción u omisión sea punible, tiene que realizarse con dolo, culpa o preterintención". Art. 40: "La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho legalmente descrito y quiere su realización, lo mismo que cuando lo acepta previéndola por lo menos como posible". WELZEL define el dolo como "el saber y querer la realización del tipo" (46). Vean ustedes cómo la definición de dolo de los Proyectos coincide con la definición de dolo que dan WELZEL y MAURACH (47): "La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho legalmente descrito y quiere su realización, lo mismo que cuando la acepta previéndola al menos como posible", dice el artículo 40 del Proyecto de 1976. Según la definición del dolo no entra la conciencia de la antijuridicidad como elemento del dolo.

Sin embargo, obsérvese que, al hablar de la culpabilidad, dice: "No es culpable: Quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión, alguna de las exigencias necesarias para

Examinadas las cosas así, someramente, encontramos cómo se toma una determinada estructura del delito y una determinada definición de dolo, que el hecho corresponde a su descripción legal". (Artículo 44 numeral 49). pero sin embargo no se es consecuente con los resultados de tal definición; cuando se díce que hay dolo "cuando el agente conoce el hecho legalmente descrito y quiere su realización", a mi malera de ver se está consagrando y se está diciendo "el dolo es un dolo de tipo". Luego, si hay un error de tipo se descarta es el dolo, y por ende la acción típica, y no como dice el proyecto que se descarta la culpabilidad (43).

Habría que hacer un estudio más detenido de los diferentes artículos de ese proyecto y ver, si se podría tentativamente, edificar en él una teoría finalista de la acción. Me parece a mí que este proyecto, según los enálisis que se hagan, podía resistir uno u otro esquema del delito (aunque no totalmente). Lo importante sería establecer cuál sistema de los elaborados es més coherente.

El Dr. J. FERNANDEZ CARRASQUILLA ha elaborado un esquema particular del delito definido desde el punto de vista dogmático y cree que el proyecto soporta ese determinado esquema. Yo, al lado del esquema clásico, al lado del esquema neoclásico y al lado del esquema finalista, he de decir que el esquema que elabora el Dr. JUAN FERNANDEZ CARRASQUI-LLA, aún cuando no lo comparto en su totalilad, relamente es un gran esfuerzo y sobre todo, puede ayudar a resolver una cantidad de dificultades que se presentan dentro del proyecto. El esquema que presenta el Dr. J. FER-NANDEZ CARRASQUILLA, publicado recientemente (49) es el delito como una acción típica, antijurídica, culpable y reprochable. Sostiene el Dr. FERNANDEZ C., que las incongruencias que presenta el sistema finalista se pueden obviar a condición de que se introduzca el elemento de la reprochabilidad, sin mezclas de elementos subjetivos los que, según afirma él, todavía existen dentro del sistema finalista, aun cuando WELZEL y MAURACH así no lo reconozcan. Como usteden pueden ver en el artículo, él sostiene que la acción desde el punto de vista ontológico es una acción final; lo que pasa es que para él también basta, para la existencia y la constatación de la acción, la voluntariedad. El contenido de la voluntad, se examina en la culpabilidad, pero no porque la acción ontológicamente no sea final, sino porque metodológicamente

tural y Justicia Material, Aguilar, Madrid, 1957, págs. 257 a 260. Más allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico. Universidad Nacional de Córdoba, Argentina 1962, pág. 11 y s.s.

Insisto, aceptar la acción como piedra angular de la estructura del delito, implica aceptar las consecuencias que se siguen del análisis de su estructura inter a.

^{46.} WELZEL, Derecho Penal Alemán, cit., pág. 95.

^{47.} MAURACH, op. cit. Vol. I, pág. 302, ver nota anterior.

^{48.} Opino que tratándose de un error de tipo, (ya sea un error sobre un elemento fáctico, descriptivo o normativo) al menos en este punto, es fácil llegar a una conclusión lógica dentro del proyecto, con base en la Teoría Finalista. En efecto: el artículo 2º dice: "Para que un hecho sea punible debe ser típico, antinuridad y culpable". Y el artículo 19 dice que "la infracción puede ser realizada por acción o por omisión".

Pues bien, h y que concluir que el proyecto pone como piedra angular de la estructura del delito, la acción. Y si como hemos visto, el artículo habla de "acción tipica", en los casos del disparo al conejo y muerte del hombre y del estudiante que sustrae el libro lo que no se da es acción típica. Entonces, a pesar de que en el Proyecto se diga que el Error de Tipo descarta la culpabilidad, al partir de la acción como base de todo el sistema, queda obligado con la estructura de la acción. El dolo hace parte de ella. El error de tipo, descarta el dolo y descarta la acción. Y si esto es así no es necesario avanzar hasta la culpabilidad para descartar la responsabilidad del sujeto.

Al llegar a la anterior conclusión, nos preguntamos si es o no cierta la existencia de las denominadas, por WELIZEL, estructuras lógico-objetivas, insertas en la materia juridica y previas a toda regulación positiva y que no se pueden desconocer. Sobre las Estructuras Lógico-objetivas, puede verse a WELIZEL: Derecho Na-

Si se parte de la acción como base del sistema del delito, no puede desconocrse la estructura ontológica de ella, la nota que caracteriza su esencia: la finalidad. Si el legislador no quiere caer en contradicciones, tiene que respetar el objeto que quiere regular. No puede desconocer la esencia de la materia de la regulación. La ley está destinada al hombre y está orientada a conformar su conducta, o sea que no se dirige a procesos causales sino a acciones humanas. La acción humana, está ya deda al legislador, en el sentido de que él puede o no tener en cuenta una u otra acción para imputarie una sanción como consecuencia, pero una vez que esto decide, está vinculado por su estructura. Al respecto afirma ARMIN KAUFMANN que "la estructura ontológica de la acción humana determina la estructura posible del objeto del mandato. Si una acción determinada debe imponerse como deber o no, es una decisión valorativa que Partenece al ámbito amológico. Que el mandato de acción siempre tendrá que corresponder a la estructura final de la acción humana, es una cuestión lógico-objetiva, a saber, prefijada por la estructura del ser". (Problemas del conocimiento jurídico ejemplificado en el Derecho Penal, Revista Nuevo Pensamiento Penal, Nº 2. Buenos Aires, pág. 215).

^{49.} Revista Estudios de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Nros. 89-90, págs. 97 a 121. Medellín, Colombia.

hablando, es posible la separación de la acción y del contenido de la voluntad de la acción (50).

Asi que para el el delito es acción tipica, antijurídica, culpable y reprochable. La culpabilidad está constituida por dolo y culpa con otros elementos; pero el elemento nuevo que él introduce es la reprochabilidad como puro juicio de reproche, como puro juicio normativo que se lanza sobre el presupuesto de que ya existe la acción tipica, antijuridica y culpable (51). A mí me parece que lo más indicado es que el Dr. FERNANDEZ comience a explicar el esquema, y ya más adelante, si queda tiempo me permitiré bosquejar lo que yo creo que podía ser una tentativa de construcción de la teoría finalista dentro del presente proyecto en lo que éste lo admita.

mas sin quederse en su postura poco conscuente", pág 99.

Esto implica que la culpabilidad sigue siendo un "fenómeno fundamentalmente sicológico" y "tiene la ventaja de conservar la acepción tradicional de la culpabilidad, fuertemente arraigada en la conciencia jurídica actual, y, además, da de no conciencia procede actual, y, además, da de no conciencia cultura defeatarse haterografica (1).

concebir el reproche como mixtura de factores heterogéneos", pág. 99.

Creo, por mi parte, que toda teoría de la estructura del delito que pretenda mantener la culpabilidad como dolo y culpa, no puede ser un "más allá del finalismo". Al contrario, es un regreso a la concepción causalista de la acción, "una vuelta a MEZGER". Ninguna teoría que saque al dolo y a la culpa de la acción o del tipo, puede pretender para sí el nombre de finalismo. Finalista es quien reconoce la estructura esencial de la acción y respeta esa estructura. Yo me pregunto, si para obviar la contradicción de WELZEL Y MAURACH, autores que hablan de ser partidarios de una concepción normativa de la culpabilidad y sin embargo introducen factores como la imputabilidad (concepto no normativo) entre "los elementos de la reprochabilidad" (WELZEL, El nuevo sistema, cit. 100; Maurach II, pág. 24), yo me pregunto, si es necesaria "una vuelta a Mezger" aunque sea "en parte". Por qué no decir mejor, por ejemplo, que la imputabilidad, la exigibilidad de la conducta y la conciencia actual o potencial de la antijuridicidad son presupuestos de la culpabilidad y no elementos?

La fundamentación (y consecuencias) de esta posición, no puede ser tratada aquí, por razón de la extensión que ello ocuparía.

POST SCRIPTUM

Los Problemas del Error de Prohibición en el Proyecto del 76 (1).

Como hemos vistos en la nota 43 el tratamiento que hace el Proyecto del Error de Tipo es a nuestra manera de ver, desde el punto de vista sistemático, poco satisfactorio. Con la aplicación de la Teoria Finalista de la Acción y su principal postulado de la ubicación del Dolo como parte del Tipo Subjetivo, el problema puede obviarse. Y puede hacerse, repito, a partir de la consagración, que ha hecho el Proyecto de la Acción como pilar de la Estructura del Delito. Esto, desde luego, sobre la base de una recta comprensión de lo que la Acción ontológicamente es y la vinculación del legislador a tal concepto.

El Proyecto del 76 en el tratamiento expreso que hace del Error de Tipo, llega a la misma conclusión a la que llega la Teoría Finalista; absolución en caso de Error Invencible, punición por culpa si es Vencible. Difieren sí, en la ubicación sistemática de la solución; el Proyecto soluciona el problema en la culpabilidad; la Teoría finalista, en el campo de la Acción Típica, Hablo de "tratamiento expreso", pues como hemos vistos, a partir de la Definición Dogmática del Delito, el Proyecto en este punto soporta una solución acorde con la Teoría mencionada.

Empero, con el Error de Prohibición acontece todo lo contrario: es correcta su ubicación dentro de la Estructura del Delito (cualquiera que sea la Estructura que se acepte). Sin embargo, nos parece que no son satisfactorios los resultados a los cuales conduce a efectos de una sana política criminal. En efecto: reparemos en el artículo 44 que dice:

"No es culpable:

	• •		
2	•		
3	Quien realice	el hecho con la	convicción errada e in
vencible de que está	amparado por	una causal de	justificación prevista e
la lev".			

En el anterior numeral, como es obvio, se consagra el Error de Prohibición. Repárese, excluye la culpabilidad si es "Invencible".

Quiere esto decir que implícitamente está distinguiendo entre Error Vencible e Invencible. No cabe otra alternativa. Pero, entonces, si al Error Invencible se le da la expresa consecuencia de excluír la Culpabilidad, qué pasará con el Error Vencible?

Al hablar del Error de Tipo en el numeral 4 del mismo artículo 44 distinguió: si es invencible, "no es culpable"; si es vencible, o sea, "si el

^{50.} El problema que se plantea, pues, es el de saber si la acción es un concepto prejuridico (ontológico) o jurídico, teleológicamente determinado. El autor, se sitúa en el plano de quienes, como MEZGER, creen que desde el punto de vista ontológico, la acción humana si es final, pero a nivel metodológico se es libre para considerarla o no en su esencia determinante. De la acción hacen parte, a) el movimiento, b) la voluntariedad y c) "la forma de dirección de la voluntad a la meta que la inspira" ("Causa Final"), (pág. 104). Parece que el problema radica en la posición que se tenga sobre el método. Es el objeto el que determina al método del conocimiento, o al contrario, el método al objeto cuya estructura ontológica ya está dada, sin que le sea permitido cambiarla?

^{51.} Muy al principio del artículo anuncia la introducción de la Reprochabilidad como otro elemento, llevando al finalismo "a sus postreras consecuencias teóricas", pág. 99. "Este desarrollo de las tesis finalistas —dice— impone al nusmo tiempo restricciones que, como se verá, comportan en parte una vuelta a MEZGER, mas sin quederse en su postura poco conscuente", pág. 99.

Lo dicho también vale para el Anteproyecto del 74. (Véase articulo 49, numeral 39), pues en esta materia no hubo modificación.

error proviene de culpa, la acción u omisión únicamente será penada cuando la ley hubiere previsto la forma culposa". No hizo otro tanto al hablar del Error de Prohibición, pues en parte alguna habla de Error de Prohibición culposo, o sea vencible. Qué pasa entonces con esta clase de error que evidentemente puede presentarse en la vida ordinaria?

Tres alternativas cabrian frente a esta hipótesis:

- 1º Condenar por delito doloso aunque falte la conciencia actual de la antijuridicidad, e imputar la pena correspondiente a la responsabilidad total.
- 29 Absolver, por el delito doloso, pero condenar por delito culposo (la denominada "culpa de derecho"), cuando esté expresamente previsto.
- Condenar por delito doloso (si para la existencia del dolo solo se exige el conocer y querer la realización del hecho, sin que implique la conciencia de la antijuridicidad) pero atenuar la sanción por ser de todas formas menor el reproche por faltar la conciencia actual de la antijuridicidad.

Ante la primera alternativa podría argumentarse que si explicitamente habla el Proyecto del Error de Prohibición Invencible como excluyente de la Culpabilidad y no dijo nada del Error Vencible, esto indicaria que sólo a aquél se concedió relevancia jurídica. Según esto, habría culpabilidad total y en consecuencia, también plena responsabilidad aún sin plena conciencia de la Antijuridicidad, lo que no parece aceptable, pues habría un tratamiento igualmente represivo ante comportamientos diferentes. Para esto, para castigar igualmente estos casos que son realmente diferentes, debe hacerse una ficción y dar por existente algo que realmente no existió.

Qué pasa con la segunda alternativa? Condenar por delito culposo, tampoco parece ser la solucción correcta. En efecto, el sujeto sabía que estaba ejerciendo una actividad descrita como delito y no es eso lo que materialmente constituye el delito culposo.

Veamos lo anterior más a espacio: tomemos el tan manido caso de quien dispara a un conejo, pero mata a un hombre. Aquí no hay problema, pues tratándose de un Error de Tipo, se absuelve si el Error es Incencible y se condena por Culpa si es Vencible. En cambio, si el sujeto dispara sobre un hombre porque cree que puede hacerlo para detenerlo, la situación es diametralmente distinta; en el caso del cazador, el Error siempre descarta la Conciencia de la Antijuridicidad, pues quien no sabe lo que hace (él no sabe que dispara a un hombre) mal puede tener conciencia actual o potencial de que su obrar es ilícito.

En cambio, otra cosa sucede tratándose de quien sabe lo que hace, pero cree que le está permitido. El actuar culposo es materialmente distinto a esta situación. En el actuar culposo el fin al cual se dirige el sujeto no es delictivo, e incluso muchas veces se trata de un resultado deseable. Lo que es jurídicamente relevante es la utilización de los medios. El desvalor está no en la finalidad perseguida, sino en el desvalor de la Acción, en el factor de dirección hacia ese fin. No puede decirse que estructuralmente sea idén-

tica la situación de quien dispara contra un conejo y culposamente mata a un hombre a la de quien dispara sobre un hombre, sabiendo que lo hiere (conoce y quiere hacerio) pero cree que lo puede hacer para detenerio. Sostener en este último caso que aun cuando queria matar o lesionar, como no tenía actual conciencia de la antijuridicidad, pero podía tenerla, hay un deinto culposo, es dar una solución igualitaria para dos situaciones materialmente distintas, que reclaman también soluciones diferentes .Digase que en un caso como este, se atenuará la pena, como lo dice el Finalismo. O ungase que se podrá aplicar la pena señalada en la ley para el delito culposo (aqui el problema está en el sistema que se adopte en la regulación de la cuipa) o digase que el comportamiento se castigará como si fuera culposo. Pero no se diga que materialmente sea un delito culposo. Pero bien, supongamos que, aunque erróneamente, se castigue por delito culposo. Al fin y al cabo, así se alcanza a castigar, así aunque sea en parte hechos bastante lesivos para la sociedad. Pero, y si no está previsto el tipo culposo?

Tomemos por caso un Abuso de Autoridad o una Detención Arbitraria. Como estos tipos no están consagrados de manera culposa, fácil le queda al funcionario escapar al justo castigo por la felonía contra el ciudadano cometida, diciendo: "Yo no tuve la conciencia actual de la antijuridicioad, pues crei cumplir con mi deber, crei que la tortura o la depredación o el atropello me estaban permitidos; y me estaba permitido el desmán, para la salvaguarda del orden. En fin, creí estar en ejercicio de mi deber, de mi cargo". Se debe absolver de dolo por falta de la conciencia actual. Pero, se podría condenar por culpa? Evidentemente no, pues estos tipos no son susceptibles de ser cometidos con culpa. De modo que: o se absuelve y es una medida altamente peligrosa desde el punto de vista de Política Criminal o se condena y se pone una pena acorde con la responsabilidad total, por delito doloso. Aquí se optaria por la alternativa 1, también injusta.

Como hemos visto, en el Finalismo, basta para la exisencia del dolo el conocer y el querer la realización del Tipo. (Así también el Proyecto, Artículo 40 ya transcrito). De manera que, si aceptamos que en el comportamiento del funcionario hay dolo, en este aspecto, el Proyecto estaría aceptando la posición finalista, en el sentido de que una conducta puede ser dolosa (desde el momento en que simplemente se conoció y quiso) sin que sea necesario la conciencia actual de la antijuridicidad. Sin embargo, como hemos visto, en el pensamiento finalista, en los casos en los que a pesar de que el sujeto sabia lo que hacia, no tenía una conciencia actual sino sólo potencial, en esos casos, aplica una pena pero atenuada por ser también atenuado el reproche de acuerdo con las circunstancias. En el Proyecto, empero, se aplicaría una pena igualitaria para los casos de conciencia actual y conciencia potencial. En este punto, se apartaria de nuevo del finalismo.

He afirmado que es peligroso desde el punto de vista de la Política Criminal el que se absuelva en los casos que venimos de mencionar, pues precisamente, se debe ser más riguroso cuando se trata de un error de prohibición, ya que el sujeto sabe lo que hace. El saber que su obrar está consagrado en la ley como delito (aunque crea que está permitido) debe aguzar al ciudadano para cerciorarse si su obrar realmente si lo está o no. Como lo dice HELMUTH MAYER:

"El médico que pone fin a un embarazo per imperiosas razones médicas, debe tener muy presente que mata a un feto, el soldado debe saber que mata, y ambos deben estar conscientes de que se trata de procesos graves y dolorosos que requieren de una justificación especial. (Citado per WELZEL, Derecho Penal Alemán, Op. Cit. pagina 229).

se que ser más riguroso en estos casos, y siéndole, el Derecho Penal rebasa su simple papel de ser sancionador, y pasa a cumplir un importante papel que le corresponde, el papel de promotor y educador del conglomerado. (Sobre este doble papel del Derecho Penal, puede verse con toda claridad a ANTOLISEI, Manual de Derecho Penal, Uthea, Buenos Aires, 1960, Pág. 9).

El Derecho Penal es conformador de la conciencia ético social. Es protector de valores, pero también es conformador de ellos. Si esto es cierto, la actividad legisladora configura valores indispensables para la convivencia social (esto, de modo general) y que así son sentidos por el conglomerado. En la medida que la ley penal declara punible una conducta, que ya es merecedora de pena según el orden moral, hace descansar la reprochabilidad por la falta de conocimiento de lo injusto en una falta de "esfuerzo de la conciencia", porque los contenidos de la conciencia se forman esencialmente con convicciones de la cultura vivida" (WELZEL, Derecho Penal Alemán, cit. página 240).

Al ciudadano, por tanto, le es exigible, que obre sólo cuando esté convencido de que no obra ilicitamente y que se abstenga no sólo cuando sabe que está obrando mal, sino también cuando tiene la duda de si su obrar es ilícito o no, cuando no está seguro de que su obrar está bien. Es la denominada Etica de Responsabilidad, frente a la denominada Etica del Conocimiento.

En resumen, el Error de prohibición vencible es el que presenta los problemas: si en el Proyecto se absuelve, por falta de conciencia de la Antijuridicidad, es una medida injusta y peligrosa desde el punto de vista de la política criminal.

Si se condena por Delito Culposo, se reconoce culpa allí donde hay un obrar cuya concreción final se sabía tipificada como delito, que materialmente no es culpa. Además, como la gran mayoría de las conductas no están contempladas como punibles a título de culpa, se llegará a múltiples absoluciones absurdas. Piénsese en los ejemplos propuestos de Abuso de Autoridad, Detención Arbitraria, etc.

Finalmente, si se condena por dolo, se hace una ficción, también injusta, pues es claro que se debe castigar tanto a quien obró con la conciencia actual de la antijuridicidad como a quien obró con sólo conciencia potencial de ella, pero, obvio, con penas diferentes. Hacer ficciones para equiparar

diferentes situaciones es un peligroso camino en el Derecho Penal. El Legislador debe atenerse también a límites ontológicos.

Parece que si se quiere evitar la injusticia de castigar igualmente a quien no tuvo la conciencia actual de la antijuridicidad y a quien si la tuvo (primera alternativa) o si se quiere evitar el absurdo de condenar por culpa allí donde materialmente hablando no la hay y con los riesgos de absoluciones (por falta de tipo culposo) peligrosas desde el punto de vista de una sana política criminal (segunda alternativa), parece que si esto se quiere evitar, si se quiere evitar los errores sistemáticos y políticocriminales, se debe optar por la Tercera alternativa, postulada por el Sistema Finalista. Debe, pues contemplarse el caso del Error de Prohibición Vencible.

Esta regulación podría obtenerse agregando lo pertinente al numeral 39

UNA PROPOSICION CONCRETA

Leamos lo que dice el Presidente de la Comision que redactó el Proyecto de 1975, Dr. LUIS CARLOS GIRALDO MARIN en carta de 19 de octubre de 1976 dirigida al Señor Ministro de Justicia y mediante la cual se hace entrega del Proyecto al Señor Presidente de la República:

"Por otro lado, no significan las precedentes palabras que el estatuto que se proyecta se esclavice, con pertinacia en toda su extensión, a las tendencias de una determinada escuela científica, ya que los Códigos, por lo general, tienen una vida más larga que las cambiantes teorías de moda, sometidas a evoluciones y rectificaciones frecuentes" (1).

Frente a la anterior afirmación y después del somero examen que hemos hecho de algunos puntos (acción, culpabilidad y error) vale la pena preguntar: se ha cumplido lo deseado, en el sentido de no comprometerse "con pertinacia" con una corriente determinada entre las que hoy ocupan el primer plano de los intereses en la Teoría General del Delito? A mi manera de ver, desafortunadamente no se ha cumplido con lo propuesto. Veamos por qué:

Bien sabemos que unos de los puntos de discusión de la Dogmática Jurídicopenal del presente siglo ha versado sobre los conceptos de Acción y Culpabilidad. Y hemos visto dos posiciones radicales: Corriente Causalista y Corriente Finalista. Hay entre ambas una posición en lo esencial inconciliable: ubicación del dolo y concepto de culpabilidad. Para aquélla el Dolo es "forma" de culpabilidad y está ubicado dentro de ella. Para ésta, el dolo no hace parte de la culpabilidad (ésta es un juicio de reproche) sino que se ubica en la acción, como parte esencial de la misma.

Ahora podemos reparar en los artículos 44 del Proyecto del 74 y en el 39 del Proyecto del 76. En estos artículos se habla del dolo, la culpa y la preterintención como "formas" de culpabilidad (2). Así las cosas, podrá decirse que los Proyectos no se han comprometido con corriente alguna? La regulación de la culpabilidad demuestra lo contrario. Lo mismo se puede decir con la regulación del error de tipo, en particular: si se afirma que esta clase de error descarta la culpabilidad (artículo 44, numeral 4), lógicamente se está optando por aquella corriente que afirma que el error, sea de Tipo o de Prohibición, se debe tratar precisamente ahí, en la culpabilidad. Y desde luego que de manera directa se descarta aquí a la Teoría Finalista,

teoría que afirma que tal error (el de Tipo) descarta la acción típica, como lo he explicado atrás.

Si se han tomac'o estas posiciones radicales, no solo se están esclavizando los Proyectos "con pertinacia" a una determinada corriente de pensamiento, sino que se está excluyendo, de entrada, una importantisima teoría (nos referimos a la Teoría Finalista) que desde los últimos 50 años viene ocupande el primer plano de la discusión y que día a día se va imponiendo, como lo demuestra la concresión de sus principales postulados en el Código Penal Alemán de 1975 y las interesantes discusiones que han suscitado en Italia y España (3).

"Esclavizarse con pertinacia", a una corriente dogmática excluyendo de entrada a otra u otras tan importantes y tan actuales, es justamente llegar a donde no se debe llegar: a que los códigos se aten "a doctrinas que pasan y a escuelas que periclitan". Esto es llegar a un estancamiento de la discusión, a la concreción, de manera dogmática, de unas ideas que no solo van a ser sino que ya han sido "sometidas a evoluciones y rectificaciones frecuentes". Me parece que no puede ser más acertado el pensamiento de KAPL ENGISCH, citado por el mismo Presidente de la Comisión;

3. En Italia pueden resaltarse principalmente los siguientes trabajos:

GIUSEPPE BETTIOL, Rilievi metodologici sul concetto di azione, "Revista Italiana di Diritto Penale". 1940 - XVIII, pagina 3 a 21.

NICOLA CAMPISI, Rilievi sulla Teoria dell'azione Finalistica. Cedam, Padova, 1959. MERCELLO GALLO, La teoria dell'azione "finalistica" nella più recente dotrrina tedesca. Milano. 1950.

MARINUCCI, II Reato come "azione", crítica di un dogma. Giuffré. Milano, 1971. PETOELLO MONTOVANI, Il concetto ontologico del reato, Giuffré. 1954.

ELIO R. MORSFILLI, A proposito di un recente saggio Giuridico Filosofico di Hans

Welzel, Rivista "Archivo Penale", 1953, Settembre-Ottobre.

MARIO PORZI, Uno studio sulle repercussioni della dottrina finalistica nella dommatica italiana, "Archivo Penale", Gennaio-Febbraio, 1964.

DARIO SANTAMARIA, Prospettive del concetto finalistico di azione, Napoli, 1955. En España deben resaltarse los siguientes principales trabaios:

ANTONIO ERISTAIN, Objetivación y Finalismo en los delitos de tráfico, en Revista

General de Legislación y urisprudencia, 1963.

JOSE CEREZO MIR, El concepto de la Acción Finalista como fundamento del sistema del Derecho Penal, Anuario de Derecho Penal, 1959.

—La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1961.

Lo injusto de los delitos dolosos en el derecho penal español, Anauroi, 1961.
 La conciencia de la antijuridicidad en el código penal español, Revista de

Ciencias Penales, 1964.

—La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la ciencia del

derecho penal española, Nuevo Pensamiento Penal, 1/2 1972.

C. CONDE PUMPIDO, Exposición crítica de la dectrina finalista de la Acción Anuario, Vol. XV, 1962, página 276.

JUAN CORDOBA RODA, El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del de-

JUAN CÓRDOBA RODA, El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del de lito. Barcelona, 1962.
Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista, Barcelona, 1963.

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO, El teologismo valorativo de Bettion y el finalismo de Welzel, Santiago de Compostela, 1965.

JOSE A. RODRIGUEZ MUNOZ, La doctrina de la acción finalista. Anales de la Universidad de Valencia, Vol. XXVIII, 1953.

—Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista. Anuario, 1953. En Latinoamérica, también pueden resaltarse los siguientes importantes trabajos:

La mencionada carta puede verse en la publicación del Proyecto de Código Penal Colombiano, hecha por el Ministerio de Justicia, Bogotá, 1976, XXIII. La cita puede verse en la página II.

^{2.} Al ya publicado Proyecto de 1976 por parte del Ministerio de Justicia, se han hecho algunas medificaciones. En especial, debe notarse la titulación de cada artículo. Para esto, puede verse la copia mimeografiada del Proyecto que ha divulgado el Ministerio de Justicia.

"El legislador debe mantenerse lo más alejado posible de la lucha de teorías, no sólo para dar oportunidad a las doctrinas que se hallan en debate, sino también para dar paso a los nuevos pensamientos que se elaboran y que no han surgido todavía" (4).

Pero, cómo hacer esto último? No es acaso imposible permanecer al margen de la discusión, sin tomar partido al momento de redactar el articulado de un nuevo código? No se me escapa la dificultad de la cuestión. Empero, me parece que dentro del Titulo II, se podría definir el delito, si se considera conveniente, tal como se ha hecho en el artículo 2 del Proyecto de 1976 y 4, 5 y 6 del Proyecto de 1974. Dentro de ese mismo Título bien pueden dejarse los artículos 18, 19 y 20 del actual Proyecto. Más adelante puede dedicarse un capítulo-a-las causas que excluyen la Responsabilidad y allí señalarse las causas que la excluyen. Como realmente sobre la causas de justificación no existen mayores divergencias, puede bien decirse en el artículo: "no hay lugar a responsabilidad", o simplemente, "el hecho se justifica...".

Luego, puede redactarse un artículo que diga: "No es responsable...". Aqui se redactaría como se encuentra el artículo 44 del Proyecto del 76 o 49 del Proyecto del 74. Me atrevo a insinuar la introducción de la punición del error de Prohibición Evitable o Vencible, como delito doloso, pero con atenuación de la responsabilidad, por disminución del reproche.

Qué se gana con la redacción del artículo en la anterior forma, suprimiendo la expresión "No es culpable" del artículo 44 del Proyecto del 76 y la expresión "causales de inculpabilidad" del Proyecto del 74? Que no se toma partido por ninguna de las teorías en pugna. Aquel que es Causalista, dirá frente a un Error de Tipo que el sujeto "No es responsable", porque no obró culpablemente (y no se diga que de dónde entonces saldría la culpabilidad, pues la culpabilidad se exige como expresa característica del deli-

to). Este otro que es finalista dirá que el sujeto "No es responsable" porque su obrar no constituye acción típica, si de error de tipo se trata o porque no es culpable, si el error fuere de prohibición.

En esta forma, me parece, se evita el que desde ya se apabullen las nuevas ideas. En esta forma, como dice ENGISCH, se puede "dar oportunidad a las doctrinas que se hallan en debate" y además, se evita el anquilosamiento de nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia. Y sobre todo, se puede "dar paso a los nuevos pensamientos que se elaboran y que no han surgido todavía".

TITULO II.

CAPITULO I.

Artículo	Para que un hecho sea punible debe ser tipico, antijurídico y cul- pable.
Artículo	(el 18 del P. 76).
	(el 19 del P. 76).
	(el 20, P. 76).
Capítulo	Ситеминальный, , , , , , , , , , , , , , , , , , ,
-	ue excluyen la Responsabilidad.
Artículo	El hecho se justifica
	1
	2
	3
	4
	5
(Artículo	31 Proyecto de 1976).
Artículo	(articulos 33 a 38).
Artículo	No hay responsabilidad:
	1
	2
	3
	"En caso de que este error sea vencible se aplicará la sanción esta-
	blecida para el delito, disminuída"
	4
	El agregado que insinúo en el numeral 3, podrá también decir:
	"En caso de que el error sea evitable, la sanción se atenuará
	en —————
	Como he manifestado atrás, si se dice simplemente que "No hay
	responsabilidad", se evita el tomar partido por una u otra teoria,
•	Se deja a la doctrina y a la Jurisprudencia en su labor de unifi-
	cación de las decisiones el papel de orientar en el sentido de las
	teorías que se vayan teniendo como las más científicas acorde con

los tiempos y las exigencias.

ENRIQUE BACIGALUPO, Culpabilidad, dolo y participación, Argentina, Bucnos Aires, 1966.

Sistema del error sobre la antijuridicidad en el código penal. Nuevo penpensamiento penal, 1/2 1972, Buenos Aires.
 Tipo y error, Buenos Aires, 1973.

⁻Lineamientos de la Teoría del Delito, Buenos Aires, 1974.

JUAN BUSTOS RAMIREZ, Culpa y finalidad (Los delitos culposos y la teoría finalista de la acción, Santiago de Chile, 1967. o

[—]Voluntaria significa culpabilidad en sentido restringido. Revista de Ciencias Penales, Vol. XXIII. Nº 3, 1966, página 243.

MOISES MORENO HERNANDEZ, Der finale Handlungsbegriff, und das mexikanische Strafrecht. Bonn, 1977.

ENRIQUE CURY URZUA, Orientación para el estudio de la teoría del delito, Valparaiso, 1969.

JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA. El Nuevo Esquema del Delito, Más allá del finalismo. "Estudios de Derecho", Facultad de Derecho, Universidad de Antioquia, Números 89-90, Medellín, 1976.

EUGENIO RAUL ZAFFARONI. Acerca del concepto finalista de la conducta en la Teoría general del delito. Revista Jurídica Veracruzana, Veracruz, México. Teoría del Delito, Buenos Aires, 1973.

No he pretendido ser exhaustivo en la enumeración de los trabajos existentes.

^{4.} Cita del presidente de la comisión en la carta aludida, página II.

Como lo he manifestado al principar este trabajo, ha sido mi intención, no la de demeritar la labor de quienes han conformado las comisiones de los Proyectos. Al contrario, el esfuerzo ha sido grande. Los Proyectos, por múltiples aspectos, representan un gran avance en relación con el Código que actualmente nos rige, importante obra también en su momento, pero que ha cumplido ya su cometido histórico. Mi ánimo ha sido el de contribuír en algo a la discusión que hoy debe ocupar entre nosotros el primer plano de nuestros intereses.

	CONDUCTA	иста
	CAUSALISMO	FINALISMO
-	La conducta es un hacer voluntario	1. La conducta es una hacer voluntario final. "Acción humana es ejercicio de actividad final".
oi.	Uno es el concepto vital (ontológico) de acción y etro el concepto jurídico-penal.	 La conducta del Derecho Penal es la misma conducta de la vida. Concepto ontológico = al concepto jurídico- penal.
· 33	Factor caracterizante de la acción es la "Volunta-riedad". Donde se quiso "algo", hay acción.	3. La voluntad consciente del fin que rige el acontecer causal, constituye el factor determinante de la acción.
4.	Ese algo querido (contenido de la voluntad), importa en la culpabilidad.	4. El dolo (finalidad jurídicamente relevante), hace par- te de la acción y hace parte del Tipo Subjetivo

ERROR	CONOCIMIENTO DE I.A ANTIJURIDICIDAD	UBICACION DEL DOLO	D 0 T 0	TIPO		ALGUNOS CONCEPTOS
De tipo y de Prohibición	Se ubica en la culpabilidad como parte del juicio de Reproche.	En el Tipo Subjetivo	Voluntad final típica y conocimiento del Tipo objetivo.	Subjetivo Mixto y Objetivo	FIN ALISMO	EN LAS DOS
No tiene sentido hacer distinción entre error de Tipo y error de Prohibición.	Se ubica en la culpabilidad como parte integrante del dolo.	En la Culpabilidad	Voluntad del fin + conocimiento del Tipo + conciencia de la Antijuridicidad,	Objetivo	CAUSALISMO	CORRIENTES PRINCIPALES MODERNAS

	EL DOLO Y LA	CULPABILIDAD	
	CAUSALISMO SICOLOGISTA	CAUSALISMO NORMATIVISTA (Concepto complejo de culpa- bilidad).	FINALISMO (Normativismo Puro).
DEFINICION DE CULPABILIDAD	Es relación sicolóica entre el Sujeto y el Resultado.	Es relación sicológica y el reproche que se hace al autor por el comportamiento antijurídico.	Es el reproche que se hace al autor por su comportamiento antijurídico.
UBICACION DEL DOLO	Pertenece a la culpabilidad.	Pertenece a la culpabilidad.	Está ubicado en la acción. Pertenece al Tipo Subjetivo.
DOLO ES:	Conciencia y voluntad de realizar el hecho + concien-cia actual de la antijuridicidad.	Conciencia y voluntad de realizar el hecho + conciencia actual de la antijuridicidad.	Conciencia y voluntad de realizar el Tipo Objetivo No implica la conciencia de la antijuricidad. La achual o potencial conciencia de la antijuricidad pertenece a la culpabilidad.
LA IMPUTABILIDAD:	Es presupuesio de la Culpa- bilidad.	a) Para algunos autores es presupuesto de la culpabilidad, b) Para la mayorfa, es elemento de la culpabilidad,	Elemento de la Culpabilidad.

						1	
III Supone erróneamente que concurre causal de justificación	II No la conoce blen (la interpreta m	CASOS I No conoce la norma Jurídica	ERROR DE		TEORIA DEL DOLO Distingue entre error de Hecho y error de Derecho	Siempre es problema de culpabilidad	Invencible [1) Elimina la culpabilidad DE HECHO [2] La conducta permanece Tipica. [1) Elimina la culpabilidad dolosa. Vencible [2] Subsiste la culpabilidad culposa, si existe el res- pectivo tipo culposo. DE DERECHO [1) Elimina la culpabilidad por falta de dolo. [1) Elimina la culpabilidad dolosa. Vencible [2] La conducta permanece Tipica. [1) Elimina la culpabilidad dolosa. Vencible [2] Subsiste la culpabilidad por culpa, si existe el res- pectivo tipo culposo.
a) Equivocación sobre los presupuestes objetivos de putativa). b) Equivecación sobre les limites jurídicos de una C detener). c) Equivocación sobre la existencia de una C. de J. derecho a corregir a los niños vecinos, si sen i	mal)		PHOHIBICION SEGUN LA TEOMIA FINALISTA do que hace, pero cree erróneamente que está permitido)	EL ERROR	TEORIA DE LA CULPABILIDAD (La culpabilidad es juicio de reproche) Distingue entre el error de Tipo y de Prohibición	Es problema de Tipicidad o de Culpabilidad, según que sea error de Tipo o de Prohibición.	Invencible Dor falta de Tipfcidad
una C. de J. (Def 2. de J. (berir para 3. (creer que se tiend imprudentes).							de TIPO (recae sobre el aspecto objetivo del Tipo) de PROHIBICION (recae sobre el conocimiento de la antijurricidad)

TIPO: PROHIBICION: hecho descrito Versa sobre una circunstancia del del hecho Versa sobre la antijuridicidad cimiento o falsa in-Puede un error de hecho Normativo Jurídico -(Descriptivo) terpretación de Puede basarse en Normativo o Fáctico ser descono-M Ħ Ħ O a Un inglés realiza el acto carnal homosexual, ignorando que en Colombia es delito. Suposición de presupuestos objetivos de justificación (Defensa putativa) (deshonesto, ajeno, documento) ("hombre", "cosa", tradicional error de Derecho tradicional error de hecho dispara a un conejo y mata a un hombre toma la cosa ajena, creyéndola propia "noche", "cuadrilla")

ことがなっている いっちのい

duristiscnes Semme

ABILIDAD CULP

⊳

La conciencia de la antijuricidad hace parte del debe ser actual. to potencial. 11 Teoría limitada del dolo == Teoría estricta del dolo Teoría estricta de la cul**p**abilidad de la antijuricadad vertenece al dolo. El dolo está ubicado n la culpabilidad. El dolo es vinculaión sicológica entre el hecho y el autor. TEORIA DEL DOLO conocimiento Ħ

EORIA DE LA CUPABILIDAD

culpabilidad no es vinculación sico-fica: es reprochabilidad,

a) 0 existencia de una causal de justificación se los principios generales del error de c) Error sobre limites prohibición. aplican

Para la existencia del dolo, es suficiente el conocimien-

La conciencia de la antijuricidad no hace parte del dolo. El dolo está en la acción. La conciencia actual o potencial de la antijuricidad hace parte del juicio de reproche.

Invencible asbolución Error de Tipo

sa pero atenuada. ponsabilidad Error de Prohibición

Distingue entre;

Teoria limitada de la cul-

pabilidad

Esta distinción opera cuando el error versa sobre la norma probibitiva.

tratan como error de tipo; (absolución) o condena por culpa si existe este tipo. Absolución en caso de que Error sobre un hecho que de existir justificaria el error sea invencible. P

EL DOLO EVENTUAL FN LA FSTRUCTURA DEL DELITO

Las repercuciones de la Teoría de la Acción y de la Culpabilidad sobre los límites del Dolo*

Por el Dr. ARMIN KAUFMANN **

Este trabajo ha sido publicado en la Revista Juridica Veracruzana, de México, Número 3, Julio, Agosto, Septiembre de 1973.

Agradecemos al Profesor ARMIN KAUFMANN, la autorización que con carta de fecha 14 de marzo de 1978 nos ha dado para publicar éste y otros de sus trabajos. El presente trabajo ha sido traducido por el Dr. Moisés Moreno, actual profesor de Derecho Penal en México ,a quien tendremos como colaborador de esta Revista.

El Profesor ARMIN KAUFMANN es actualmente Director del Seminnrio de Filosofia del Derecho de la Universidad de Bonn y Profesor de Derecho Penal y de Filosofia del Derecho de la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Son sus dos grandes obras, "Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie" (Lo viviente y lo muerto en la Teoría de las Normas de Binding) y "Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte" (La Dogmática de los Delitos de Omisión). La primera ya ha sido traducida al español (Editorial Depalma 1977).

Muchos de sus artículos ya han sido traducidos al español y publicados. En próximos números es nuestro propósito presentar a nuestros lectores algunos: La Función del Concepto de Acción; Problemas del conocimiento jurídico ejemplificado en el Derecho Penal; La parte dogmática del Proyecto Alternativo.

Las Tesis de la Doctrina de la Acción Finalista y de la moderna "Teoria de la Culpabilidad", obligan no sólo a una reconstrucción del Sistema del Derecho Penal; ellas modifican, al mismo tiempo, también las premisas a través de las cuales serán resueltos los problemas dogmáticos aisladamente, demostrando de esta manera su fecundidad. Con esta respuesta a antiguas, pero nuevamente planteadas cuestiones, debe además, mostrarse si la Teoría de la Acción Finalista y la "Teoría de la Culpabilidad", armonizan entre si, más aún, si la una puede ser presupuesto o complemento necesario de la otra.

Todo esto es valedero también —quizá hasta de un modo especial—para la problemática del dolo eventual. Esas dos doctrinas surten ya sus efectos en el planteamiento mismo: los conocimientos de la "Teoría de la Culpabilidad", nos muestra que no se trata sólo de la determinación de los criterios del dolo malo, sino de la delimitación entre dolo y culpa. Por mucho que sea lo que este razonamiento insinúe, sus consecuencias —que yo sepa— no han sido del todo reconocidas. Por el contrario, la relación entre dolo eventual y estructura final de la acción ha sido ya desde temprano objeto de consideración, pues de la congruencia o incongruencia del hecho doloso y de la acción final depende el modo cómo la Doctrina de la acción finalista repercute en la estructura del delito:

Para la doctrina de la acción finalista, el "dolo" es un subcaso o caso particular de la "voluntad final de realización", esto es, la "voluntad final de la realización" referida a circunstancias fácticas de un tipo legal (1). Que con ello el dolo no se limita a la "intención", a la "aspiración" o, incluso, al "querer tener", ha sido frecuentemente recalcado (2). El nexo final es, ciertamente, impulsado por la dirección hacia un pretendido fin; pero él no abarca solamente la obtención final en si, sino el total curso causal puesto en movimiento por la acción de dirección, en cuanto que es comprendido por la voluntad dirigente. Por eso —con palabras de WELZEL (3)—, la voluntad de realización puede abarcar no solamente el fin pretendido, sino también los medios y las consecuencias secundarias a él ligados.

Eso ya lo había concebido ENGISCH (4) en su aguda crítica a la Teoria de la Acción Finalista: "Si alguien actúa en vista de resultados reconocidos como necesarios o, aun, sólo como posibles, esos resultados no son causados, en modo alguno, ciegamente, sino que están relacionados a la mental supradeterminación aún sin haber sido propuestos". Pero ENGISCH dedujo de aquí la consecuencia de que eso debía ser aplicable también para la esfera total de la culpa consciente: "Visto desde la estructura de la acción,

^{1.} Welzel, Das Neue Bild (El Nuevo Sistema,)3. Ed., pág. 10.

v. Weber, Grundrib (Fundamento de Der. Penal Alemán), pág. 63; Welzel, Strafrecht (Der. Penal), 6. Ed., pág. 60; Das Neue Bild, pág. 4; Maurach, Lehrbuch I, pág. 222; Gallas, ZStW, 67, pág. 42.

^{3.} Strafrecht, 6. Ed. pág. 60.

^{4.} Kohlrausch-Festschrift, pág. 155.

el dolo eventual y la culpa consciente pertenecen a la misma realidad, mientras que, como grado de culpabilidad caminan separados" (3).

GALLAS, na adoptado y continuado el pensamiento de ENGISCH, al decir: "Al concepto de lo final' pertenece no solo la representación determinante del acto de voluntad, sino mas bien el cuadro total del necho que el autor tiene delante al obrar (6). Si este cuadro comprende, ademas del resultado deseado, todavia otros resultados o modaliddaes de la acción, que se presentan al autor como necesarios o, incluso, solo como posibles consecuencias del resultado deseado o como resultado posiblemente alternativo de su hecho, estos también pertenecen al contenido final de la acción, indistintamente de que ellos sean o no deseados (7). Según esto, dificilmente podia evitarse extender el concepto de finalidad tambien a la culpa consciente" (8). Eso constituia, ciertamente, una "pequeña imperfección", pero estaba "objetiyamente justificado". En cuanto el dolo se extienda, como sucede con el dolo eventual, "al ambito de la finalidad" y por tanto, del "tipo del injusto", pertenecerá al "tipo de culpabilidad" y, por ende, al "tipo delictivo del heche doloso" (9). Que de ello no se deriven dificultades sistemáticas, como cree (ALLAS (10), es ciertamente cuestionable. Porque si un homicidio por imprudencia consciente describe una acción final de matar, la identidad entre realización final del tipo y dolo es abandonada. Ese "dolo", que irrumpe en el "tipo de culpabilidad", no está ya suficientemente determinado por la circunscripción como voltmtad final de realización en tratándose del cumplimiento del tipo (11). Si, en cambio, la finalidad no es ya ningún criterio necesario en el sistema de GALLAS, hay delitos dolosos que no se someten a una realización tipica final. Pues GALLAS mantiene el "requisito del dolo", para el ámbito de les "delitos dolosos de omisión", por más que él niegue, con razón, "finalidad actual" para la omisión pura como para el delito de omisión (12).

Así pues, de la exacta fijación de los límites del dolo, depende a la vez un problema de la estructura del delito, que hoy ocupa el primer plano de los intereses.

I.—SOBRE EL METODO DE DELIMITACION.

En contraste con la discutida tesis de ENGISCH y GALLAS, de que la finalidad debe comprender todas las circunstancias fácticas, reconocidas

como posiblemente existentes o como susceptibles, von WEBER (13), WELZEL (14), MAURACH (15) y NIESE (16), siguen sosteniendo que el sentido final de la acción y la dolosidad (o intencionalidad) coinciden y, por eso, deben trazarse los límites de la voluntad de realización entre dolo eventual y culpa consciente, es decir, dentro de la esfera d las modalidades de la acción y consecuencias accesorias representadas como posibles.

Con eso, surge claramente la pregunta decisiva: ¿Hay criterios según los cuales pueda ser limitado, deniro de la esfera de las consecuencias y modalidades de la acción, representadas como posibles, lo que no es abarcado por la voluntad de realización? —Así parece ser planteada, en toda su magnitud, la vieja cuestión sobre la línea de bifurcación entre dolo y culpa—. Sin embargo, los augurios se han cambiado: sobre la base de la teoría finalista de la acción sólo son aplicables criterios ontologicamente concebibles. Pero también se plantea la cuestión dogmática, a consecuencia de que, con el desarrollo de la "teoría de la culpabilidad", el dolo es contraído del dolo malo al conocimiento y querer de la realización típica.

a). En primer lugar debe, pues, ser deducida una consecuencia negativa: todos los residuos del dolo malo deben eliminarse por completo. Por eso debe asentirse plenamente la concepción fundamental de GALLAS, de que todas las consideraciones que no atañen al sentido final de la acción, sino a la medida de su reprochabilidad, deben excluirse ((17)).

Esta selección negativa de los criterios sobre la delimitación del dolo necesita aún de una explicación más aproximada. Los restos del "dolo malo" los encontramos particularmente en dos direcciones que, sin duda, sólo rara vez se destacan nítidamente uno de otro:

1. El límite entre dolo eventual y culpa consciente es buscado a menudo en una valoración de resultados psiquicos. Este método manejado, como es sabido, por M. E. MAYER (18) y BOCKELMANN (19), juega un papel en muchas teorías, particularmente para las llamadas "emocionales" (20).

Para el problema aquí debatido, deben excluirse todas las valoraciones, porque la cuestión está ya ontológicamente planteada. Dogmáticamente, empero, tampoco prospera el recurso a una valoración como momento de diferenciación; este recurso, en verdad, implica por sí mismo un problema, el

^{5.} Engisch, Kohlrausch-Festschrift, pag. 155.

^{6.} Gallas, Materiales para la Reforma del Derecho Penal I, pág. 128.

^{7.} Gallas, ZStW 67, 42; subrayado.

^{8.} Gallas, ZStW 67, pág. 43.

^{9.} Gallas, ZStW 67, pág. 43.

^{10.} ZStW 67, pág. 43.

Las consecuencias de esta constatación para la construcción del delito de comisión pueden apoyarse en ello.

¹² Gallas, ZStW 67, pág. 41.

^{13.} Grundrib, pág. 64.

^{14.} Strafrecht, 6. Ed., pág. 60; Das Neue Bild, pág. 4.

^{15.} Lehrbuch I, p. 218 y sigs., 227.

^{16.} Finalidad, Dolo y Culpa, pág. 9.

^{17.} Gallas, ZStW 67, 43.

^{18.} Alig. Teil, pág. 243.

^{19.} Autoría y participación, pág. 24, Anm. 44.

Confróntese, a este respecto, Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlassigkeit, pág. 186 y sigs.; Grundrib, die Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlassigkeit, pág. 62 y sigs.

de saber cuándo algo debe ser valorado "como dolo". Dogmáticamente, de lo que se trata es de la determinación de lo que el dolo es y, por eso, porque es dolo, supone un juicio de valoración.

2. El dolo malo aflora también cuando los criterios del dolo eventual son buscados en la manera de la relación psiquica con el resultado, pero, desde luego, entendiendo por "resultado" la lesión del bien jurídico; lo mismo sucede cuando la realización del tipo y la violación de un derecho son equiparados. Esta concepción domina casi por completo en las actuales teorias y fórmulas sobre la distinción entre dolo y culpa. Así, en la favorable tesis de ENGISCH, se encuentra señalado con toda claridad el "carácter especificamente culpable del dolo" como el "criterio esencial de la delimitación" (21). ENGISCH destaca, por una parte, la "falta de indiferencia frente a la lesión jurídica" (22) y, por otra, la "falta de una oposición frente a la lesión jurídica prevista" (23), y determina el dolo según el grado de "indiferencia" sobre la producción de un resultado antijurídico" (24).

Coincidiendo con este sentido, para ROBERT v. HIPPEL el "reproche", en los tres grupos de ámbitos del dolo, es como sigue: "La producción del resultado antijurídico fue para el autor más querida que la renuncia sobre su hecho, pues el egoísmo le ha inducido a ello para colocar sus fines por encima de la lesión del orden jurídico" (25). Conforme a eso, se da el dolo eventual "cuando la producción del resultado apetecido, junto con el resultado antijuridico representado como posible, fue para el autor más querida que la renuncia sobre su hecho" (26). Por eso, "la ponderación determinante a la decisión del autor", sólo puede rezar aquí diciendo: "Es, para mí, preferible el resultado deseado, junto con el antijurídico, a la actual situación" (27).

aa). Que con ello se alude a la conciencia de la antijuridicidad, es evidente. Solo quien sepa o tenga por posible que la producción del resultado representa una lesión del bien jurídico, o que la realización de la accion es antijuridica, tiene que manifestar esta forma de relación psíquica. Ya BE-

LING advirtió certeramente (28), que: "La representación, como tal, de que uno a través de su conducta 'mata a un hombre' o 'daña una cosa ajena', etc., no está, en el sentido del orden jurídico, de ningún medo destinada para refrenar la conducta. Mediante tales representaciones por sí nadie necesita dejarse cohibir de la realización...". Con razón, ENGISCH (29) descubre en esto el conocimiento claro de la situación del problema".

Mientras la conciencia de la antijuridicidad sea concebida como parte integrante del dolo, esta via para buscar los criterios de delimitación es metódicamente legitima. Pero es obstruída en el momento en que, con la moderna "teoría de la culpabilidad", es producida la bifurcación de la conciencia de la antijuridicidad respecto del dolo y entendiendo al dolo como saber y querer de la realización típica. Consecuentemente, cualquiera que sea la actitud del autor frente a la "lesión jurídica" o "menoscabo del bien juridico", no puede tener entonces la más pequeña significación para el dolo.

bb). El recurso a elementos de la conciencia de la antijuridicidad es, dentro de la "teoria de la culpabilidad", no sólo teóricamente falso, sino que, en la práctica, tiene que conducir a dificultades insuperables. A la antiguamente intrincada problemática de la delimitación, se han unido nuevos casos en los que todos los criterios emocionales de delimitación, sin más ni más, pierden su significado. Antes, en los casos de error de prohibición, se intentaba llegar a delimitaciones prácticamente útiles con la ayuda del requisito de la "aprobación", del "consentimiento", de la "conformidad", de la "indiferencia" o de la "fórmula de Frank". Los ejemplos de concurrencia de error de prohibición y casos de límite del dolo, ciertamente no son demasiado frecuentes, pero sí característicos.

Un extranjero no conoce el límite de edad del art. 176, Zifft.3 StGB (Código Penal), sino solamente el de 12 años de su pais. El realiza actos deshonestos contra una joven, encontrándose en duda sobre si ella tiene 13 o 14 años. O bien: X lleva consigo 1,100 marcos al extranjero. El no sabe que la cantidad libre de divisas asciende sólo a 1,000 marcos, pero tampoco sabe con exactitud cuánto dinero tiene consigo; X sabe únicamente que serán 800 a 1,200 marcos. Se querrá preguntar aquí seriamente ¿si el autor "aprobó" o "tomó en cuenta" que la joven era menor de 14 años o que la suma de dinero pasase de 1,000 marcos? Es sensato preguntar si, sobre eso, ¿el "esperaba" o "confiaba" en que lo que sucedia era el caso contrario? Seguramente el autor habría podido decirse: "Puede ser asi o de otro modo, en todo caso yo obro" (30). Pero, ¿por qué habría debido él decirse eso? Y si él se lo dijo, ¿qué significa eso aquí? Ciertamente, la "indiferencia" del autor frente a las circunstancias jurídicamente relevantes es aquí

^{21.} NJW 55, 1689.

^{22.} Vorsatz und Fahrlassigkeit, pág. 197.

^{23.} Engisch, Dolo y Culpa, pág. 207 y sigs.

^{24.} Engisch, Kohlrausch-Festschrift, pág. 155, nota 52, subarayado por mí.

^{25.} R. v. Der. Penal II, pág. 317, subrayado por mí.

^{26.} R. v. Hippel, Der. Penal II, pág. 313, subrayado por mí.

^{27.} R. v. Hippel, Der. Penal II, pág. 313; subrayado. El ejemplo de ambos importantes teóricos del colo puede bastar actu. Quien —como Schroder (Sauer-Festschrift, pág. 214)— parta de que "lo esencial del dolo no radica en el contenido de voluntad, sino en el elemento de representación del carácter prohibitivo del hecho", para él, la cuestión de los límites del dolo se desplaza, desde un principio, a la conciencia de la antijuridicidad. Así, ya Binding, Normen, II, pág. 807 y sigs.; Schuld, pág. 41. A este respecto, mi trabajo "Lebendiges und Totes in Binding Normentheorie", p. 31 y s. 208 y s.

Unschuld, Schuld und Schuldstufen (Inculpabilidad, Culpabilidad), pág. 33: subrayados por mí.

^{20.} Vorsatz und Fahrlassigkeit (dolo y culpa), pág. 235.

^{30.} Frank, StGB (Código Penal), 59, Anm. V.

evidente; pero, podría decirse de otro modo si X, puesto que no quiso exponer más dinero a los peligros del viaje, se entregó a la esperanza de que, entre el dinero de la cartera, suelto y de la bolsa de pecho, reuniria no más de 800 marcos? Lo mismo ocurre en los casos de duda sobre la causalidad: "A" no se deja desconcertar en sus pruebas de tiro, por un perro que se encuentra corriendo en las cercanias del blanco, porque crae que es permitido matar perros callejeros. Tal vez "A" espera no darle al perro, porque si no sería perdido inútilmente un tiro y en todo caso, "desaprueba" la correria del perro. Pero, no ¿"aceptó la posibilidad" de dar en el perro?, ¿no le fue ello "indiferente"? En verdad, una diferenciación a base de la "actitud" del autor, no tiene aqui sentido, por la falta de la conciencia de la antijuridicidad.

cc). Estos ejemplos no debian mostrar ya la dirección de la solución de nuestro problema, sino sólo aclarar los varios aspectos del mismo: si, con la doctrina hasta ahora dominante, se elige, como punto de referencia de la "aprobación", del "consentimiento", de la "conformidad" o de la "indiferencia", la relevancia juridica de la circunstancia (el "menoscabo del bien jurídico", la "lesión juridica", etc.), dudosa para el autor, entonces el error de prohibición —lo mismo el evitable que el inevitable— tiene siempre que conducir, con ello, a negar el dolo eventual y admitir la culpa consciente. Pues quien no sabe que la producción, para él dudosa, de un resultado es antijuridica, no consciente "positivamente" en una lesión juridica; la medida de su "indiferencia" frente al bien juridico protegido no se puede averiguar.

En general, aún antes de que pudiera ser examinado el error de prohibición sobre su evitabilidad, habria ya que negar el dolo. En los casos de error de prohibición podría haber sólo dolo directo, pero no dolo eventual; el error de prohibición —también el evitable— transformaria en "culpa consciente" a la total esfera fronteriza de los resultados representados como posibles pero no a los resultados deseados. Con eso, al menos parcialmente, la teoria de la culpabilidad seria sacada de quicios. Para la determinación del objeto de referencia del "consentimiento", etc., desde hace mucho se ha aceptado, explicita o tácitamente, de que existe la "conciencia de la antijuridicidad". Si se abandona esta premisa —y la teoría de la culpabilidad debe abandonarla, ya que la conciencia de la antijuridicidad no es parte integrante del dolo—, entonces aquel punto de referencia cae en el vacio; el autor que se encuentra en error de prohibición no sabe nada de la lesión jurídica que él podria "aprobar".

dd). Ahora, parece quedar abierta la salida: en vez de referir la "aprobación", etc., a los hechos mismos, dudosos para el autor, referirla a la lesión juridica. Cualesquiera que sean las dificultades que esto trae aparejadas, lo han mostrado los anteriores ejemplos. Quien se encuentra en error de prohibición le falta, las más de las veces, el motivo para asumir una actitud, consintiendo o rechazando las modalidades de la acción o las consecuencias reconocidas como posibles. La forma como deba ser realizada la

"aprobación" de los hechos mismos (y no la de su desvaloración), permanece inaclarada. Que este cambio, en el punto de conexión de la "aprobación", no debería limitarse a los casos de error de prohibciión, sino que tendria que ser elevado a principio de carácter general, es obvio. Con ello seria abandonado el verdadero sentido de todas estas teorias que permiten decidir la actitud del autor frente al orden urídico.

Si la aprobación o indiferencia se refiere solamente a los hechos mismos, tampoco se evitaria, en caso de error de prohibición, caer en el extremo opuesto: en lugar de excluir siempre el dolo eventual —como arriba en cc.)—, el error de prohibición fundamentaría, las más de las veces, al dolo eventual y excluiria la culpa consciente. Pues, ¿por qué no debió ser "indiferente" para el autor, por qué no debió él 'aprobar" —en caso de que se presentara— lo que consideraba como ajustado a Derecho? (31).

Mas, si la "aprobación", etc., no se refiere ya al atributo valorativo del estado de cosas para el autor dudoso, entonces el aprobar o desaprobar tendrá que depender de bases juridicas completamente contingentes. La "aprobación" tendria que ser identificada con el "ser deseado" de la circunstancia dudosa. Que esto no puede ser así, es la opinión que prevalece (32). Pues entonces —prescindiendo de otras objeciones— el resultado accesorio, reconocido como de realización necesaria aunque indeseado, tendría consecuentemente que quedar fuera de consideración, —resultado que es insostenible—.

Con eso está probado lo que, tanto ontológicamente —desde el campo de la teoría de la acción finalista — como también dogmáticamente —conforme a las premisas de la teoría de la culpabilidad— debe ser eliminado para la delimitación de la voluntad de realización: cualquier recurso a la conciencia de la ilicitud o partícula de la misma, y cualquier valoración del proceso de motivación, debe ser evitado. De lo contrario, estaría justificada la objeción de Gallas, de que: "Tras la colocación del dolo eventual junto a la supuesta voluntariedad, y de la culpa consciente junto a la involuntariedad,

^{31.} Aquí se puede objetar diciendo que es precisamente la consecuencia ordinaria del error de prohibición el que se produzca una acción que, de lo contarrio, no habría sido realizada. Eso es, al menos para ambos casos, ciertamente exacto. Pero no modifica en nada el absurdo alli existente, para afirmar el dolo —objeto del juicio de antijuridicidad — mediante el error sobre la antijuridicidad: si X cree que la producción de una consecuencia accesoria, representada como posible, será garantizada por una causa de justificación, en realidad no existente, entonces "a causa de ese error" el resultado accesorio le será "indiferente", o incluso lo "aprobará". El será, pues, punible por hecho doloso en error evitable de prohibición. Mas, si X considera antijurídico su obrar, entonces puede, precisamente por eso, faltarle la "aprobación" del resultado o la "indiferencia" frente a él. Resultado: la culpa consciente es, en tal caso, por lo general punible. Estas fricciones pueden ciertamente evitarse, si la "aprobación", por su parte, se determina nuevamente según otros criterios. Pero esa es precisamente la cuestión que aqui debe responderse.

R. v. Hippel, Strafrecht II (Der. Penal, T. II), pág. 309 y sigs.; Mezger, Lehrbuch (Compendio,), pág. 345 y sigs.; Studienbuch I, pág. 165; v. Weber, Grundrib, pág. 64; Welzel, Das Neue Bild (El Nuevo Sistema en el Derecho Penal), pág. 4; Strafrecht, pág. 111; Maurach, Lehrbuch I, pág. 224; Dreher-Maaben, StGB, 59, Anm. I; BGHSt. 7, pág. 363 y sigs.

en el fondo lo que se trata es de una diferencia entre la valoración de la motivación y la valoración del ánimo del autor" (224).

b). Tras esta aclaración negativa debe colocarse una exigencia positiva: lo que se necesita es una doctrina del dolo que determine también los límites de éste, según la estructura y criterios del dolo, pero no una doctrina especial sobre el dolo eventual. Es decir, los criterios según los cuales debe trazarse el limite entre dolo y culpa, deben caracterizar no sólo al dolo eventual, sino que deben armonizar también con el dolo directo. Para esta exigencia basta la teoria de Engisch, pues la "medida de indiferencia" que determina al dolo, se encuentra no sólo en el dolo eventual sino también —extendida— en el dolo directo.

La teoría del consentimiento, en cambio, incurre aqui en dificultades, por lo menos cuando se cubre en el ropaje del "consentir positivo" y del "aprobar". Son, en realidad, "positivamente aprobadas" las consecuencias accesorias, reconocidas como de producción cierta, pero no deseadas? Si la pregunta se contesta afirmativamente, y con ello se eleva la "aprobación" a criterio general del dolo, la respuesta sólo se hará fundamentar diciendo que el autor, en cuanto que obra a pesar de la representación del resultado, ciertamente aprueba también la consecuencia. Entonces, deberia sin duda ser contestada la pregunta de por qué este fin del obrar falla (o puede fallar) en cuanto a la aprobación, cuando el autor considera las consecuencias sólo como posibles. Si, por el contrario, se contesta negativamente a aquella pregunta, entonces habría que explicar por qué la "aprobación" es decisiva en el dolo eventual y, en cambio, no en el dolo directo.

Las dificultades de la teoria de la probabilidad son aún mayores bajo este punto de vista: también la producción de la consecuencia considerada como no probable puede ser deseada. Si no se quiere negar el dolo en este caso, entonces la representación de la probabilidad no puede ser ninguna característica general del dolo. La teoria de la probabilidad es, pues, desde un principio, sólo una teoria del dolo eventual.

Una reflexión analoga existe frente al atendible intento de Schmichauser, consistente en determinar, de modo indirecto y mediante la fijación de los criterios de la culpa consciente, también la frontera del dolo (33). Por una parte, el límite del dolo no es desarrollado por fuera de la estructura del hecho doloso. Por otra, de una restricción de la culpa no se arriba necesariamente a una correspondiente extensión del concepto de dolo, tampoce en el ámbito del "considerar —como— posible". Al contrario, el acudir a la culpa presupone, precisamente, que no se presenta ningún dolo (referido al mismo resultado) (332).

a). Debe partirse, al respecto, de que la "voluntad de realización" puede extenderse a todas las consecuencias y modalidades del obrar, si el autor cuenta con la posibilidad de su producción o de su presencia. El presentar aquí lo que el autor "no quiere", a pesar de que obra y toma en cuenta la posibilidad de la existencia o de la realización de las circunstancias, tendría que conducir nuevamente a la equiparación de "querer" y "desear", en la medida que la posición de Engisch y Gallas —respecto de la extensión del nexo final— sea inatacable.

Pero si la pregunta se plantea a la inversa, por si acaso la voluntad del autor fue enderezada para no dejar producir, o más bien para impedir, la consecuencia accesoria tenida en cuenta como posible. Pues la voluntad de realización no puede ser dirigida, por una parte, a dejar producir el resultado reconocido como posible, y, por otra, sin embargo, también a evitar precisamente ese resultado, mediante la forma del obrar. Por tanto, la voluntad de realización encuentra su limite en la voluntad de realización.

b. Eso se deduce necesariamente del desarrollo de la dirección final (34): a la anticipación del fin perseguido sigue la elección de los medios que pueden producir ese objetivo. El que planea elegirá en primer lugar, y a partir del fin que ya está determinado, aquellos factores causales que le parecen más adecuados, es decir, que son más fáciles de poner en marcha. Si el autor está consciente de que los medios mismos le son indeseados o de que la aplicación del medio conduce a una consecuencia accesoria que no le es deseada, puede hacer uso de otros medios (35).

I. Si esto sucede, entonces la "acción, dirigida a la consecución del

^{32%.} Gallas ZStW., 67, 43.

^{33.} Schmidhauser, GA., 1957, pág. 305 y sigs., especialmente pág. 310 y sigs.

^{33%.} Pero no solamente existen reflexiones contra la vía de solución. Schmidhauser llega a la conclusión de que "dolosidad y culpa deben ser distinguidos, también en la esfera de delimitación, plenamente como 'conocimiento' y 'no conocimiento'.

to', y oue al dolo eventual no pertenece más que la simple previsión de la posibilidad concreta del resultado" (GA. 57. pág. 312 y sigs.). Esta solución, "en el sentido de la teoría de la representción", o viene a ser lo que "el dolo en caso de duda" de Binding, con lo que se llega a una determinación del dolo como conciencia del injusto en el sentido de la Ilamada "teoría del dolo": confrontese arriba con nota 27; o bien, en el concepto de Schmidhauser, debe entenderse al dolo como dolo del hecho en el marco de la "teoría de la culpabilidad": entonces ese concepto del dolo coincidiría con la estructura final, como lo comprende Gallas, esto es, abarcando la esfera total de lo representado como posible. En lo subsiguinte, se atenderá a eso. Por lo demás, no puedo seguir a Schmidhauser de que con su concepción es comprendido aquel estado de cosas que rosotros, por regla general -aunque hasta ahora no reconocido— cuidamos de presuponer para la culva consciente" (GA, 57, 313). En la Jurisprudencia v en la Ciencia, hasta ahora, tampoco se ha entendido como "culpa consciente" al caso de negación "de la peligrosidad concreta" "a pesar del conocimiento del peligro abstracto", sino al caso en que el autor reconoce la posibilidad concreta del resultado. Para coger sólo un ejemplo muy debatido: puede existir una duda, en el caso Lacmann, de que el autor posee la conciencia de la "peligrosidad concreta" de su obrar? -Sin embargo, muchas veces se ha aceptado aquí culpa consciente y, en todo caso, no por eso ha sido afirmado ya el dolo, porque existiera "la previsión de la posibilidad concreta del resultado". Compárese abajo y en nota 45.

^{34.} Cfr. Welzel, Das Neue Bild, pág. 4.

^{35.} En caso de que éstos estén a la disposición.

fin, es enderezada al mismo tiempo a la evitación de resultados accesorios indeseados" (36). Aquí hay que distinguir dos supuestos:

aa). Si el autor cree erróneamente que la conducta dirigida a la evitación de la consecuencia accesoria alcanzará con seguridad ese fin, la voluntad de realización, entonces, no puede ya comprender la producción de la consecuencia accesoria, porque se yerra en los componentes intelectuales de la voluntad de realización.

bb). Pero también cuando el autor permanece en la duda sobre si su precaución bastará para la evitación del resultado accesorio, cuando él, tanto antes como después, cuenta con la posibilidad de producción del resultado, no se modifica en nada el que su voluntad final de realización sea dirigida precisamente a la evitación de las consecuencias accesorias y se hayan puesto medios para la consecución de ese fin. Pues —como advierte v. Weber (37)_ el dolo se separa "cuando el autor reconoció ciertamente la posibilidad de producción del resultado, pero emprendió la acción en la confianza de que podría evitarlo". La "voluntad de evitación" excluye de plano la aceptación de una "voluntad de producción", si n duda, sólo cuando se trata de una voluntad eficaz, es decir, cuando se ha realizado realmente la puesta de los contrafactores para la evitación del resultado accesorio; acertadamente define FINGER: "Si el autor tiene como posible o probable (criterio problemático) la producción de su resultado, entonces dicho resultado es tenido por intennada para evitar ese resultado previsto al mismo tiempo como posible (dolo eventual)" (33). Un "querer evitar" en el sentido del simple desear, tampoco es aqui relevante.

2. Pues en el último caso se presentaría ya un supuesto (el tercero) totalmente distinto: si, por más que el autor reconoce la posibilidad de la producción de un resultado accesorio no corrige su selección de los medios, no dirige, por tanto, el curso de la acción a la evitación de la consecuencia accesoria. Esta no realización de un cambio de dirección para la evitación de los resultados accesorios puede obedecer a tres motivos: o bien, se trata de una distinta configuración de la acción, por lo general imposible (pero el fin de la acción es al autor muy importante para abandonarlo, con el objeto de evitar el resultado accesorio), o, la realización necesaria para la modificación de la elección de los medios es demasiado gravosa para el autor, o, cional o dolosamente querido si el autor obra precisamente por obtener ese resultado, o, si emprende su acción en atención a otro resultado, pero no hace

c). Un ejemplo puede aclrar lo manifestado: un jardinero quiere desherbar la maleza de un vivero de flores. Puesto que su azada es ancha y la distancia entre las matas de las flores pequeña, reconoce el peligro de lesionar, con el deshierbe, las sensibles matas. Si, ahora, da las azadas despreocupadamente, entonces admite el daño de las matas en su voluntad de realización. De otra manera, si él se esfuerza en conducir su instrumento de modo que es evitada la lesión, entonces su voluntad de realización está dirigida precisamente para proteger las flores, mas no comprende lo contrario, o sea, la posible lesión.

En ambos casos no se trata de que el jardinero, más o menos, se haya dicho: "sería una lástima si yo estropeara las hermosas flores", o "no importa que las viejas matas deban ser arrancadas, sin más ni más, si yo troncho algunas". Hasta qué pur to se extiende aqui la voluntad de realización, si por encima del fin deseado —eliminación de las malas bierbas—comprende también, por otra parte, el daño de las matas de flores, representadas como posibles, depende solo de lo que el jardinero se propone hacer y hace: si pone atención y "dirige" —o no— su instrumento para evitar el resultado accesorio.

Al mismo tiempo, se precisa en este ejemplo de que, de ese modo, el deslinde de la voluntad de realización no se hace depender del "ánimo", de la "actitud", y ni siquiera sólo de la "representación del autor", sino de un criterio objetivo, pues la voluntad de realización, que se fija como fin la evitación del resultado accesorio, y con ello excluye la producción de dicho resultado como contenido posible de la voluntad de realización, debe ser una voluntad dirigente que se manifieste en el acontecer externo.

Por eso, el siguiente ejemplo de Welzel no puede convencerme (42): 'Un mozo ha causado un incendio por haber entrado al pajar con un cigarro prendido, siendo consciente de la peligrosidad de su acción. Si él hubo confiado de que no surgiría incendio, entonces obró con culpa (consciente). Si,

^{36.} Welzel, Das Newe Bild, pág. 4.; Resaltado alli.

^{37.} Grundrib, pág. 64; subrayado por mí.

^{38.} Finger, Dewisches Strafrecht I, pág. 259; subrayado por mí. Tras esta acertada insistencia de la "voluntad de evitación", agrega Finger la metódica y característica frase: "El dolo, en el sentido arriba descrito, es jurídicamente incoloro, y se hace jurídicamente relevante a través de su contenido, refiriéndose a una actuación permitida o prohibida" (Dutsches Strafrecht I, pág. 260). Más tarde Finger ha variado su pensamiento; cfr. Strafrecht 1932 (de Stammler), pág. 506 y sigs.

^{39.} Con lo que los motivos de esta "indiferencia" del autor carecen de significación para el enjuiciamiento de la estructura de su hecho.

^{40.} Welzel, Das Neue Bild, pág. 4.

^{41.} Das Neue Bild, pág. 4.

⁴² Strafrecht, 5. Aufl., pág. 57.

en cambio, estaba de acuerdo con la posible consecuencia (por ejemplo, porque se había enemistado con el patron), entonces produjo el incendio con dolo eventual". Me parece que la solución aquí se hace depender de la inditerencia del autor frente a la lesión del bien juridico. Si ambos casos, lo mismo la representación de la peligrosidad como la configuración de la acción, son exactamente similares, entonces a mi modo de ver, no pueden ser resueltos de modo distinto. Eso se muestra con más claridad aún en la siguirmie conjugación: "El lunes por la noche sube el mozo al pajar y procura no poner en contacto el cigarro prendido con el heno y no dejar caer ninguna ceniza, empero permanece consciente de la peligrosidad. En la noche del martes, después de que el mozo se habia disgustado con el amo, ocurre exactamente lo mismo: sólo que el mozo se imagina; "si algo pasa, lo tiene bien inerecido". En ambos casos "confía" el mozo en que no estallará ningún fuego, o, más exactamente: él confía en su habilidad para evitar la producción de un incendio. El que su actitud sentimental se haya cambiado hacia las consecuencias accesorias representadas como posibles, es, a mi modo de ver, irrelevante; tampoco en el segundo caso existe dolo y, por tanto, ningún incendio en grado de tentativa. Por el contrario si el mozo arroja la colilla prendida hacia la era y está consciente del peligro, pero no intenta nada para hacerle frente a dicho peligro, entonces obra con dolo eventual respecto a un incendio. El que él esperase que no surgiría fuego alguno, no puede cambiar nada en ello (43).

d). Una voluntad de realización más eficaz, con relación a la evitación de las consecuencias accesorias, existe sólo si el autor concede a la puesta de su dirección y a su propia habilidad una posibilidad real de evitar el resultado. Según esto, en el caso Lacmann, de la señorita de la barraca de tiro, Mezger (44) y Welzel distinguen con razón: "Si el autor creyó evitar el resultado mediante su "poder", entonces obró culposamente; si, en cambio, lo abandonó a su suerte, es decir, al azar, entonces obró dolosamente" (45).

El autor, por supuesto, en su dirección final para la evitación de una consecuencia accesoria, puede valerse de otra persona, ya sea de un "instrumento", de un "cómplice" o de un "coautor".

Que la voluntad de realización, dirigida en un príncipio tanto a la consecución del fin como a la evitación de la consecuencia accesoria, puede

43. Otros ejemplos ofrece Mezger, quien —al igual que Welzel y v. Weber— comparte en lo esencial la concepción aquí defendida (Mezger, , Lehrbuch, pág. 345 y sigs.; Studienbuch I, p. 166).

cambiai durante el curso de la acción —y entonces ser admitida, en la voiuntad de realización, la consecuencia accesoria representada como posible—, no ha puesto de manifiesto Welzel (46) en el ejemplo del BGHSt.7,363.

e). Con ello está perfilado el principio conforme al cual se delimita el nexo final dentro del ámbito de las posibilidades representadas por el autor. El razonamiento ha sido desarrollado a partir de la teoría de la acción misma: es obtenido de la contemplación del curso y naturaleza de la dirección final. La existencia de esta trontera desmiente la afirmación de Engisch y Gallas, de que la finalidad—si no se la limitase a la aspiración de un objetivo—necesariamente debía abarcar a toda la esfera de las circunstancias de la acción tomadas en cuenta como posibles. Esta tesis se muestra errónea, debido a que hay casos en que el curso de la acción es dirigido, ni más ni menos, finalmente, de modo que no se produzca una consecuencia accesoria representada como posible.

La voluntad de realización lleva, pues, en sí misma, su limitación. No es necesario ningún criterio valorativo proveniente de fuera para delímitarla y, con ello, delimitar el nexo final; tampoco es necesario un recurso al ánimo, que sólo puede ser comprendido como actitud jurídica o antijurídica ante el hecho. Si la voluntad de realización se contempla en su ámbito total, entonces resultará claramente que ella misma puede ser dirigida, a la vez, a la realización de otros fines, y que, por eso, no sólo puede ser aspirada la consecución de un fin deseado, sino también, al mismo tiempo, la evitación de un resultado accesorio.

f). De este modo se alcanza a la vez una "objetivación del límite del dolo"; pues la "confianza" de poder evitar un resultado es voluntad de realización, y, por tanto, excluye el dolo, sólo si mediante la forma de elección de los medios y de la dirección se hace patente en el curso de la acción misma. La supuestamente "subjetivista" doctrina finalista de la acción conduce, pues, a la objetivación de una delimitación que la doctrina dominante ni siquiera hizo depender de la representación del autor, sino de sus sentimientos, motivos, actitudes y aprobaciones. Esa diferenciación basada en consideraciones ético-sentimentales no puede ofrecer contornos claros al "hecho doloso". De ello no puede depender lo que es "acción final", "voluntad de realización" o "hecho doloso". El hecho doloso no es excluído por medio de "esperanzas", de cuyo desengaño toma en cuenta el autor, ni mediante una "desaprobación" que no impide al autor en su obrar, ni por una "confianza" sobre el feliz resultado, para cuya justificación, el mismo autor nada hace. Por el contrario, las formulaciones positivas de la "teoria de la aprobación" - "correr el riesgo", "consentir", "aprobar"- pueden muy bien po-

Lehrbuch, pág. 348.
Welzel, Strafrecht, 6. Ed., pág. 62. Completamente semejante es el ejemplo de LOFFLER de los pordioseros rusos, quienes han mutilado a niños para sus fines mendicantes, la mayoría de los cuales perecieron; sin embargo, ellos repiten su acción y de nuevo muere un niño. Hellmuth Mayer (Strafrecht, pág. 253) objeta contra la solución que Mezger da a este ejemplo, de que la simple esperanza sea privilegiada. Mezger, entre tanto, distingue ampliamente el caso: "Si ellos han matado dolosamente, depende de las circunstancias más próximas: si tuvieron per segura la muerte de un niño, entonces se da el dolo como algo sobreentendido; si esperaron evitar el resultado mediante la forma de su intervención, entonces han obrado solo culposamente; si abandonaron todo a la ca-

sualidad y consideraron la muerte como probable, entonces cae sobre ellos la carga de la muerte dolosa" (Mezger, Lehrbuch, pág. 347; subrayado allí). Esta solución me parece completamente suficiente, si se considera lo hasta ahora ventilado; el que aquí surgirán dificultades para averiguar el cuadro de representación del autor, es una cuestión distinta que ninguna teoría puede evitar.

^{48.} Das Neue Bild, pág. 4; Strafrecht, 6. Ed., pág. 29 y sigs.

nerse en consonancia con el pensamiento aquí defendido. Asi, v. Weber y Mezger, y en parte también Welzel, derivan de la teoria del consentimiento el reconocimiento de la idea de que la voluntad de realización dirigida a la evitación excluye el dolo. Gracias a la flexibilidad de esta teoría y de sus fórmulas, ello no ofrece dificultades lingüisticas. Sin embargo, la idea de la aprobación proviene de un mundo distinto; ella reconduce, en definitiva, a consideraciones ético-sentimentales y, por ello, no puede contribuir en nada a la comprensión de la estructura de la acción, para la delimitación del "hecho doloso".

g). Pero, en tanto la expuesta limitación de la voluntad de realización no se manifieste fuera de si misma, ENGISCH y GALLAS permanecen en lo cierto. Si el curso de la acción no es dirigido a la evitación del resultado accesorio, tenido en cuenta como de producción posible, la voluntad de realización abarca la realización del resultado total, tanto del objetivo principal como también de la consecuencia accesoria (47). Aquí falta una voluntad final de evitación.

Esto es aplicable también para los casos en que, desde un principio, se excluye una supraconfiguración de la dirección final a la evitación de lo representado como posible. Se trata, sobre todo, de cualidades del objeto del hecho y de modalidades de la acción. Mezger ha puesto acertadamente de manifiesto la particularidad de este grupo de casos (43). Si el autor considera aquí "al resultado posible como independiente de su voluntad, entonces lo ha querido en cuanto que lo tiene por probable, es decir: cuenta con la posibilidad de su producción" (49). "El autor, por regla general, considera como independiente de su voluntad las circunstancias fácticas que ya existen con anterioridad a su obrar, es decir, que están ya presentes, y que él, según se imagina, no las puede cambiar en absoluto" (50). En efecto, si el autor obra en la duda sobre la ajenidad de la cosa confiscable, la edad de su vícti-

ma, por ejemplo, o toma en cuenta de que el ciervo que quiere matar se encuentra más allá de sus linderos, entonces ninguna "esperanza" en el "no—ser— asi" puede excluir la voluntad de realizacion; tampoco es necesaria una aprobación positiva de las circunstancias tomadas en cuenta como posibles (51). A tales reliquias del dolo malo no pueden vincularse ni la teoria de la acción ni la dogmática del lodo exonerada de la conciencia de la antijuridicidad Por ello, Welzel considera, con razón, suficiente para el dolo de la seducción, "que el autor que quiera seducir a la muchacha al acto carnai, cuente con la posibilidad de que ella es honesta y menor de 16 años. Solo la aceptación positiva de la mala reputación y de una edad superior, excluye el dolo" (52).

h). Sólo queda aclarar de qué clase tiene que ser la duda, para imputar una circunstancia al dolo. La respuesta a esta pregunta, según la densidad de las representaciones necesarias, sólo puede ser aquí indicada; basta un bosquejo, tanto más cuanto que este problema se plantea para cualquier doctrina del dolo.

De antemano se excluyen aquellas dudas que han sido ya suplantadas, ya sea por una reflexión objetiva o ya por un inocente autoengaño; pues aquí falta ya el presupuesto más necesario de la voluntad de realización, a saber, la existencia real de representación de que una circunstancia es posible o de que posiblemente se produce. Pero, por lo demás, tampoco puede bastar cualquier "duda ligera" para admitir el dolo. Eso contradiria a la inteligencia pragmática de que, a consecuencia de la limitación del saber humano, las representaciones ciertas, "indubitables", casi nunca son posibles (63). Si la duda no es aún seria, entonces no existe aun dolo eventual; si ha pasado ya de ser seria, entonces aquí no hay dolo eventual, sino dolo directo. Aqui la idea de la probabilidad alcanza una razón relativa, en caso de que se defina, con Mezger (54), el "tener —por— probable" como "contar con la posibilidad de la producción" (55). Engisch (56) circunscribe con más precisión

^{47.} Cfr. Welzel, Das Neue Bild, pág. 4.

^{48.} Lehrbuch, pág. 345, sigs., cfr. Studienbuch I, 7. Ed., pág. 166. El otro grupo de casos fue arriba discutido; "el autor considera al resultado posible como dependiente de su voluntad". Mezger llega aquí también (partiendo de la base de la teoría del consentimiento) al resultado de que la "woluntad de evitación" excluye el dolo. El que en este grupo se trate de "casos poco frecuentes", no debe concederse a H. Mayer (Strafrecht, pág. 253); al contrario, me parece que estos casos de "duda sobre la causalidad" preponderan. Muy próximo a la concepción de Mezger, y con ello del texto, está también Eberhard Schmidt; cfr. v. Liszt-Schmidt, 26. Ed, pág. 261 y pág. 262, Nota 15.

^{49.} Mezger, Lehrbuch, pág. 346. Recientemente, Mezger (Studienbuch I, p. 164 y sigs.; LK. I, 8. Ed.; artículo 59, Anm. II, 20) no contrapone más ambos grupos de casos con la la misma severidad que en su Lehrbuch; sin embargo, la distinción en la solución de los casos partículares se hace fructifera, lo mismo ahora que antes. Sólo la "probabilidad" es considerada como base del "consentimiento positivo": si el cazador, que dispara al corzo, del que no sabe si se encuentra de éste o del otro lado del límite de su cazadero, lesiona dolosamente el derecho ajeno de caza, dependerá, en general, del grado de probalidad con el que se represente lo uno o lo otro, pues según esto se juzga, por regla general, si él quiere aceptar o evitar tal lesión" (Studienbuch I, pág. 165).

^{50.} Mezger, Lehrbuch, pág. 346.

Cfr., la certera crítica a la teoría de la aprobación hecha por Hellmuth Mayer, Strafrecht (1953), pág. 251 y sigs.; véase también Schmidhauser, G.A., 1957, 308.

^{52.} Welzel, Strafrecht, © Ed., pág. 357; resaltado alli. El que sólo la hipótesis positiva de la edad más alta excluye el dolo, es también la opinión de v. Weber (Mezger Festschrift, pág. 185). Si v. Weber es ciertamente de la opinión de que no es necesaria la conciencia de la falta de una mayor edad, entonces sólo puedo concordar con la retricción de que, por lo menos, debe existir la duda sobre la existencia de la característica; de lo contrario (se) falta en los componentes intelectuales del dolo. La divergencia se reduce al problema de las "circunstancias negativas del hecho", que aquí no debe discutirse.

Cfr. Engisch, NJW. 55, 1689: "Para los juristas, prácticamente los grados superiores de probabilidad equivalen a la certeza". Cfr., también Mezger, Studienbuch I, pág. 164; LK. I, 8. Ed., pág. 516.

^{54.} Lehrbuch, pág. 346.

^{55.} Más restrictiva es la definición de H. Mayer, Strafrecht, pág. 251: "La probabilidad significa más que mera posibilidad y menos que probabilidad prevaleciente".

^{56.} Vorsatz und Fahrlassigkeit, pag. 220.

el grado de representación que puede ser relevante para el dolo eventual: "No basta cualquier posibilidad, discrecionalmente representada, de la realización tipica", sino que tiene que ser realizado psicológicamente "un juicio objetivo de adecuación".

III.—CONSECUENCIAS PARA LA DOGMATICA DEL DOLO.

Con esto queda trazado el limite de la voluntad de realización: todas las circunstancias, que el autor toma en cuenta como factibles o posiblemente realizables, son abarcadas por su dolo, a no ser que su voluntad de realización esté dirígida precisamente a evitar una consecuencia accesoria reconocida como posiblemente producible. De esta manera espobviado el "pequeño error" lamentado por Gallas, pues la finalidad no comprende la esfera total de lo representado como posible, sino sólo un sector parcial, a causa del límite que la voluntad de realización lleva en sí misma. No existe, por eso, ningún motivo para abandonar la identidad entre finalidad y dolo, y de relegar al dolo en un "tipo de culpabilidad" con la consecuencia de que sólo allí podría ser trazado el límite entre dolo y culpa consciente.

Mientras el límite del dolo es reducido a la estructura de la dirección final y, con ello, al curso de la acción, se alcanza, además de la objetivación, todavia algo más: de la diferenciación gradual, puramente cuantitativa, entre dolo y culpa, como - confesadamente o no - actualmente predomina, se llega a una separación esencial de dos clases fundamentalmente distintas de injusto. La vestimenta en que la llamada "teoria positiva del consentimiento" ha envuelto sus principios de delimitación, tampoco puede engañar sobre el hecho de que, conforme a ella, en realidad no puede ser trazada una línea de delimitación cualitativa, sino tan sólo una cuantitativa, entre dolo eventual y culpa consciente. Solo consideraciones difíciles sobre diferencias sutiles de la actitud o del sentimiento conducen a una respuesta teórica de la cuestión. Un pequeño desplazamiento a izquierda o derecha y el dolo se transformará en culpa, o a la inversa. Que la praxis de los tribunales inferiores no ha trabajado seriamente con la teoria de la "aprobación", es conocido; se conformó con un juicio sano y una fórmula empírica del "consentimiento" y se confió, por lo demás, en la seguridad de revisión de los fundamentos de la sentencia, ¿Cómo podria, también, adherirse la lapidaria distinción entre una muerte dolosa y la causación culposa de una muerte a pequeñas consideraciones emoconiales? ¿Se transformará la culpa en dolo si el ciclista, que se percata cabalmente que por su ligereza, está a punto de alcanzar a un peatón, al mismo tiempo que divisa a su competider, se dice: "si lo atropello, no hay mucho que lamentar"?

El que para la doctrina dominante se trate en verdad de una delimitación puramente cuantitativa, lo ha puesto de manifiesto claramente Engisch; él parte, en su minucioso análisis, de la premisa de que; "dolo y culpa tienen la función esencial de someter el hecho inequivoco, respecto a su tipicidad, y en consideración a los diferentes grados de reprochabilidad, a marcos distintos de pena" (57). Consecuentemente, Engisch llega al resultado de que "una distinción entre dolo y culpa consciente sólo puede encontrarse en un grado distinto de indiferencia (58). Con todo y que las deducciones de Engisch son en si bastante convincentes, la premisa misma no es ya compatible con la "teoría de la culpabilidad". Además, deberiamos realmente tener una Ley tan mala que, para distinciones sutiles de grado de la reprochabilidad prevea marcos de pena fuertemente diferenciables? (59). A mí me parece, más bien, que es precisamente la Ley la que da motivo a descubrir la distinción decisiva ya en la "imagen del hecho", es decir, en la tipicidad y en la antijuridicidad.

El sistema de la doctrina finalista de la acción tiene en cuenta la profunda diferencia que existe entre el dolo y la culpa ya en la configuración de los tipos. Aquí no hay lugar para transiciones fluctuantes. En el traslado del dolo del tercer piso (de la reprochabilidad) al primero (a la tipicidad), el mobiliario de la teoria de la aprobación debe permanecer en el piso superior; no es útil para la delimitación del tipo del delito doloso respecto de los tipos culposos. Con razón, Gallas hace destacar que la separación de toda consideración valorativa emocional corresponde al sentido de los tipos de prohibición (60). Prohibida, en el sentido del desvalor de la acción, es una conducta con la que se aspira el resultado delictivo, pero también lo es una conducta en la conciencia de que el resultado delictivo está necesaria o posiblemente unido a ella. Sólo hay que añadir la limitación ya tratada: si la voluntad de realización se dirige precisamente a la evitación del "resultado delictivo", entonces el dolo se excluye y el tipo prohibido no se cumple.

De este modo, el dolo, como voluntad de realización, recibe su contenido y su limite desde si mismo, de su posición en la estructura de la acción. No necesita de una valoración del ánimo que lo acompaña. La ética sentimental, a la que recurren las teorías emocionales, no constituye ni siquiera el principio decisivo para la fundamentación de la reprochabilidad, mucho menos que ella decida sobre el cumplimiento del tipo prohibitivo.

Tras estas observaciones al sistema de la doctrina de la acción finalista queda, sin embargo, una vez más expresamente destacado que la severidad de las consideraciones aquí hechas no se limita a este sistema. Ella afecta, ante todo, a cada concepción que separa el dolo, como saber y querer de la realización típica, de la conciencia de la antijuridicidad. Una reconsideración a la problemática de la limitación, empero, sería de plano rotunda

^{57.} Engisch, Vorsatz und Fahrlassigkeit, pág. 58; cfr. pág. 27 y sgs.

^{58.} Vorsatz und Fahrlassikgeit, pag. 233.

^{59.} Además, podría depender de distinciones sutiles de grado de reprochabilidad el si debe ser penado por asesinato (Mord) o por muerte dolosa (Totschlag) Así, si "A" abate al policía que está a punto de dar con el escondite del robo. Más difícil seria si se tratara sólo de asesinato en grado de tentativa.

^{60.} Gallas, ZStW. 67, 43.

para la moderna "teoría de la culpabilidad", pues con ella se desquicia la delimitación mencionada en base a teorías emocionales, como arriba ha sido demostrado (61).

IV.—LA DUDA SOBRE LA ANTIJURIDICIDAD.

¿Han sido las doctrinas emocionales trazadas de antemano —como la investigación lo ha mostrado— para expresar una distinta gravedad del contenido de la culpabilidad?; por otra parte, ¿están ellas referidas a la actitud frente a la "lesión del bien juridico" o frente a la "lesión jurídica" a secas y, por tanto, frente a la antijuridicidad de la acción?, ¿Poseen aún significación, en ese sentido propio de ellas, también en ex-sistema del finalismo y de la teoría de la culpabilidad?

La teoría de la aprobación o de la indiferencia sugiere dar la solución de una cuestión que parece semejarse a aquella del dolo eventual; se trata de los casos en los que el autor tiene por posible que su actuar es antijurídico. Aquí hay que partir, en primer lugar, del principio de que "la duda sobre el deber tiene que ser resuelta, por el que duda, a favor del deber" (62). Si el autor cuenta con que su conducta es antijurídica, entonces su responsabilidad por el injusto cometido está fuera de duda (63).

Pero con ello no se ha dicho aún qué grado de reprochabilidad corresponde al autor que se encuentra en duda sobre la antijuridicidad. La duda sobre la existencia del deber jurídico no puede permanecer completamente desatendido; pues quien posee la certeza, no afectado por la duda, sobre la antijuridicidad de su conducta, le es "más fácil", bajo este aspecto, de continuar el cumplimiento del deber, que aquél que sólo cuenta con la posibilidad de su existencia (64). Por otra parte, seria injustificado tratar, sin más, con más suavidad la duda sobre el injusto, que el conocimiento de la antijuridicidad; porque el que la duda haya quedado, por lo general, subsistente, puede estribar en que el autor no se haya esforzado en absoluto de aclarar

la duda, o en que la antijuridicidad o legitimidad de su conducta fueron "indiferentes" para él. En todo caso, la pregunta debe ser contestada, teniendo en cuenta el margen legal de la pena de los arts. 51 II/44 StGB, de si el mero contar con la posibilidad de la antijuridicidad debe ser tratado tan suavemente como el error evitable de prohibición.

El BGH (Tribunal Supremo Federal) ha acuñado el principio siguiente: "Quien tiene la representación, posiblemente de obrar injustamente, y acoge esa posibilidad en su voluntad, tiene la conciencia de la antijuridicidad" (85). A esto se adhiere expresamente Lange (66). Análogamente, Welzel (67) formula: si el autor "cuenta con la posibilidad de una conducta antijurídica y, en todo caso, quiere cometer el hecho, obra con conciencia del injusto". Estos virajes parecen estar orientados, en la llamada teoría positiva del consentimiento, tal como fueron desarrollados para el dolo eventual. Y, en efecto, la aplicación de la idea de la aprobación es aquí, en la esfera de la reprochabilidad, metódicamente legitima. Pues aquí hay cabida para graduaciones; el reproche de culpabilidad es cuantificable (68). El margen unitario de pena, que solamente puede ser ensanchado hacia abajo, permit^e aquí la consideración de todos los factores; un "salto", como se dá entre los limites de la pena del delito doloso y del delito culposo, o entre el hecho doloso punible y la culpa no punible, no es aplicable. La cuestión sobre el "animo" del autor es aquí también legitima; la actitud del autor frente a la "lesión del bien jurídico" o frente a la "antijuridicidad" no solo puede, sino, y sobre todo, tiene que ser aqui formulada v contestada; pues esa actitud del autor es codeterminante para la medida de la reprochabilidad y, con ello, para la aplicación de la pena. De este modo, pues, las teorías emocionales, desarrolladas para la delimitación del dolo eventual, sostienen su relativo derecho en el marco del reproche de culpabilidad. Aqui encuentran, por tanto, -aislado del dolo y, con ello, en completa claridad---, el punto de referencia (o eslabón relacionante) al que pueden exclusivamente anudarse: la duda sobre la "lesión jurídica". Si se reconducen estas consideraciones a su significación más profunda, entonces se muestra que dentro de los límites —trazados en forma rotunda por la ética de la responsabilidad— que atañen a la fundamentación de la reprochabilidad, merecen absoluta consideración los momentos ético-emocionales, precisamente para la medida del reproche de culpa-

Sin duda, con todo esto, no se ha dicho aún qué teoría debe seguirse para la graduación de la reprochabilidad —bajo el aspecto explicado—. Sin duda, las antiguas controversias sobre la estructura de estas teorías pierden considerable peso por el marco en que ellas son ahora colocadas. Ellas ya no

^{61.} Acaso la Teoria de la Probabilidad puede ofrecer una vía de solución libre de la valoración cuantitativa del ánimo. H. Mayer se ha puesto recientemente a favor de ella con energía (Strafrecht, pág. 250 y sigs.). Pero, por muy eficaz que sea la crítica de Mayer a la teoría de la aprobación contra la idea de la probabilidad, como principio general de la estructura del dolo, debe hacerse la misma objeción que contra la determinación del nexo final de Gallas; permanece sin ser atendido que la voluntad de realización puede también dirigirse precisamente a evitar las consecuencias secundarias reconocidas como posibles o probables, a través de la clase de dirección del curso de la acción. El conductor que conscientemente osa realizar una maniobra peligrosa de rebasamiento, no obra con "dolo de muerte"; él no es punible por homicidio en grado de tentativa o por homicidio consumado, si él no ha tenido la producción de una muerte por "preponderantemente probable". El pone todo su "poder de conducir" precisamente para evitar este resultado.

^{62.} Kaufmann, Normentheorie, pág. 221.

^{63.} Welzel, JZ. 53, 267; Des Neue Bild, p. 64; Kohlrausch-Lange, StGB., artículo 59, Ann. II, 2h; BGHSt. 4, 4; BGH oei LM. Nº 6 al artículo 59 StGB.

^{64.} Kaufmann, Normentheorie, pág. 221.

^{65.} BGH. en LM. Nº 6 al parágrafo 59. StGB; BGHSt. 4, 4.

^{66.} Kohlrausch Lange, StGB, articulo 59, Ann., 11, 2h.

^{67.} Das Neue Bild, pág. 64; JZ. 53, 287; Strafrecht, 6. Ed., pág. 151.

^{68.} Kaufmann, Normentheorie, págs. 199 y sigs.

deciden más sobre si la pena por dolo o por culpa o, bien, si la absolución, tiene lugar, sino que a ellas atañe tan sólo la sencilla cuestión de la aplicación del art. 44 StGB (Código Penal).

Pero aquí también se perciben —viejas— reflexiones contra la teoría de la aprobación: ¿Cuándo podrá decirse realmente, con el BGH, que el autor había admitido "en su voluntad" la posibilidad de la antijuridicidad de su obrar? Se incurre en el antiguo recurso de fórmulas que, actualmente, sólo pueden abarcar a pequeños grupos de casos. Pero, prescindiendo también de la cuestión de la conducta práctica, me parecen ser eficaces, para la duda sobre la antijuridicidad, las consideraciones que Engisch ha empleado (para los límites del dolo) (69). La indiferencia es aquía el criterio determinante, que posee, además, la ventaja de ser cuantificable (70). Para la pregunta especial, acerca de cuándo la duda sobre la antijuridicidad debe equipararse al conocimiento del injusto (y no aplicarse el art. StGB), resulta de acuerdo con Engisch (71), que: también la aceptación de una "elevada probabilidad de la antijuridicidad" debe ser apreciada aquí igual que a la certeza; si, en cambio, el autor se representa la antijuridicidad como "solamente posible o sencillamente probable", entonces él debe haber sido indiferente frente a ella".

Pero, ahora, si respecto de la duda sobre la existencia de la prohibición del hecho se sigue la teoría de la aprobación del BGH o la teoría de la indiferencia (los efectos de la diferencia son en este campo extremadamente pequeños), debe hacerse, en todo caso, todavía una limitación esencial: si la duda del autor era perceptible, antes o durante el hecho, en favor de la comprensión clara del injusto, entonces no hay cabida para una consideración de la aprobación o indiferencia respecto de la antijuridicidad. Quien tiene ya, aunque sea dudosa, la conciencia de la antijuridicidad y puede solucionar esa duda, no merece el privilegio que radica en la aplicación del margen de pena de los arts. 51 II/44 StGB (72) Entonces, pues, sólo si el autor se encuentra en una duda, para él insalvable, sobre la ilegalidad de su conducta, puede depender de su aprobación o de la medida de su indiferencia respecto de la antijuridicidad, de si el margen de pena más suave tiene o no aplicación.

De este modo se ha encontrado también la posición dogmática para el autorizado deseo de las teorías emocionales de delimitación: ellas solucionan los casos de duda sobre la antijuridicidad. El dolo, sin embargo, sólo puede concebirse y delimitarse desde su posición en la estructura de la acción. El (dolo) comprende a todas las consecuencias y modalidades, cuya producción

o existencia es tomada en cuenta como posible, a no ser que la voluntad dirigente esté encaminada a su evitación.

NOTA DEL TRADUCTOR: Como obras importantes del autor de este trabajo, pueden citarse las siguientes: "Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie" (Lo Viviente y lo Muerto en la Teoria Normativa de Binding), 1954; "Di Dogmatik der Unterlassungs delikte" (La Dogmatica de los Delitos de Omisión), 1959; y entre su artículos: "Das fahrlassige Delikt" (El Delito culposo); "Tatbestandseinschrankung und Rechtsfertigung" (Limitación del Tipo y Justificación); "Problemas del Conocimiento jurídico ejemplificado en el Derecho Penal", 1962; "Unterlassung und Vorsatz" (Omisión y Dolo); etc., publicados en distintas Revistas Juridicas de Alemania. Todas ellas se encuentran animadas por el pensamiento que rige a la nueva estructuración del delito creada por su maestro Hans Welzel, y constituyen una renovada aportación dogmática a los problemas que plantea la Teoría de la Acción Finalista.

El presente trabajo se publicó, con el titulo: "Der Dolus eventualis im Deliktsaufbau", die Auswirkungen der Handlungs-und der auf die Vorsatzgrenze", en la Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Walter de Gruyter & Co., Berlín); y en él se plantea un problema, como el dector se dará cuenta, de un gran alcance dogmático y de un esfuerzo por esclarecer los limites entre el dolo eventual y la culpa consciente, mediante un examen de los criterios tradicionales y la aplicación de los conceptos dogmáticos de las modernas teorías (de la acción finalista y de la culpabilidad), pues, como él dice. la exacta fijación de los límites del dolo entraña un problema de la estructura del delito, que hoy ocupa el primer plano de los intereses. Es interesante ver cómo problematiza en torno al concepto de la "conciencia de la antijuridicidad", enfrentando la "teoría del dolo" a la "teoria de la culpabilidad"; la primera, que es la opinión tradicional, estima que la conciencia de la antijuridicidad es un elemento del dolo, y su falta excluye el dolo: la segunda, por el contrario, entiende al dolo como saber y querer de la realización típica y que la conciencia de la antijuridicidad no tiene la más pequeña significación para el dolo. Debe recordarse que una de las críticas que se enderezaron desde un principio contra la teoría de la acción finalista, se centró en el tratamiento del dolo eventual, porque -se declael aprobar o tolerar un resultado no deseado cae fuera del marco de la dirección final; crítica que olvidó la esencia del tipo por no considerar que no es necesario que el deseo de realización, encausado por el autor, apunte precisamente al fin típico. Creemos, por eso, que la exposición de Kaufmann viene a constituir una valiosa aportación a la teoría de la acción finalista en este intrincado tema y pone de manifiesto la fecundidad de esta nueva teoría, a la que miramos con gran simpatia. Agradezco al Profr. Kaufmann el honor de haberme confiado la traducción de su trabajo.

M. M. H.

^{69.} Engisch, Vorsatz und Fahrlassigkeit, princ., pags. 183 y sigs.

^{70.} Cfr. también Welzel, Das Neue Bild, pág. 72.

^{71.} Vorsatz und Fahrlassigkeit, pág. 238, 219 y sigs.

^{72.} Si bajo determinadas circunstâncias puede resultar una atenuación en el margen normal de pena, en atención a la duda sobre el injusto, es una cuestión distinta.

LA DOCTRINA DE LA ACCION FINALISTA, HOY

Por HANS WELZEL

Esta conferencia ha sido publicada por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1968. La conferencia fue pronunciada en el Instituto aludido el 22 de abril de 1968 y traducida directamente del alemán por el Profesor José Cerezo Mir.

Las amables palabras de salutación que me han dedicado ustedes me han emocionado profundamente; les estoy muy agradecido. Por primera vez en mi vida me encuentro en territorio español, y ustedes, los ciudadanos españoles, me dan ocasión de exponer públicamente mi pensamiento. Les estoy muy agradecido, y ello por varias razones: en primer lugar, como alemán. Al decir esto no me refiero, en primer término, a que entre España y Alemania han existido y existen estrechas relaciones culturales, sino, sobre todo, a que precisamente la ciencia de la que quiero hablar ahora, es decir, la ciencia del Derecho Penal desarrollada en los últimos cien años por científicos como Liszt, Beling, Radbruch y Mezger ha encontrado en España el máximo eco y colaboración, de tal modo que ahora puedo hablarles en un terreno que es común a todos.

Pero a ello se añade otro vinculo que me une especialmente a España. Hace ya casi quince años, en 1953, pronunció en la Universidad de Valencia, su famoso profesor señor Rodríguez Muñoz, su discurso de apertura sobre la doctrina de la acción finalista, en el que exponía con claridad las ideas fundamentales de mi doctrina y hacía un profundo y concienzado análisis

critico de las mismas. Resumiendo su tesis en una frase, llegaba Rodríguez Muñoz a la conclusión de que la doctrina de la acción finalista resulta sumamente apropiada para la interpretación de los delitos dolosos, pero no lo es para la interpretación de los delitos culposos. En 1954, después de la publicación de su discurso, mantuve correspondencia con el señor Rodríguez Muñoz acerca de las objeciones que había formulado, pero su muerte interrumpió repentinamente nuestra correspondencia. Creo que no puedo honrar mejor la memoria de este agudo penalista, en esta mi primera visita a España, que continuando ante ustedes el diálogo interrumpido, exponiéndoles mis ideas sobre los delitos culposos, tal como los he ido desarrollando en el tiempo transcurrido. Pero antes de hacerlo quisiera tomar posición ante algunos malentendidos con que ha tropezado continuamente la doctrina de la acción finalista y que han encontrado expresión de nuevo en el último año en Alemania. Quisiera, sin embargo, que mi amigo y discípulo Cerezo-Mir leyera por mi mi conferencia para liberarles va a ustedes de mi mala pronunciación española.

En otoño del año pasado, mi colega Hellmuth Mayer publicó un breve Manual de Parte General del Derecho Penal, en el que, para hacer la critica de la doctrina de la acción finalista, cita el siguiente ejemplo:

"Un cazador, en una batida, no da al conejo, sino a un montero, sin sospechar que éste pueda encontrarse en ese lugar, y posiblemente sin poder suponerlo siquiera. Schroder escribe en su Comentario, no sin razón, que es difícil de explicar a un observador imparcial que el cazador no haya lesionado con su acción al montero. Según la doctrina de la acción finalista, el cazador no realiza una acción dolosa, es decir, finalista, dirigida al fin de la lesión y, por consiguiente, una acción" (1).

Hasta aqui, Hellmuth Mayer. Si se comparan sus palabras con el análisis de la acción finalista en el capitulo 8º de mi Manual, no cabe duda alguna de que la conducta del cazador, que dispara al conejo, es precisamente un ejemplo de acción finalista: el cazador se anticipa mentalmente el fin que quiere realizar (muerte del cone io), elige para ello los medios necesarios (escopeta, munición) y los utiliza conforme a un plan para realizar el fin (apuntar, disparar): un ejemplo clásico de acción finalista. Pero como el cazador no logra la dirección de su acción hasta la consecución del fin (el conejo), su conducta cinegética se queda en simple tentativa. Lo que no se da, ciertamente, es una acción finalista de lesión en relación con el montero. Pues este fin no se lo ha anticipado el cazador, no ha elegido los medios para ello, ni los ha dirigido a la consecución de este fin. No sé a que "observador imparcial" sería esto "dificil de explicar". Imagínese sólo el caso de que el disparo dirigido al conejo no alcance ni al conejo ni al montero, sino que pase en medio y muy lejos de ambos; el cazador habria realizado entonces, dado el fin que se había asignado, una tentativa de caza del conejo, pero no una tentativa de lesiones o de homicidio del montero. De esto no cabe

^{1. 1967,} pág. 49.

tampoco duda alguna. Al contrario, estos ejemplos son los más apropiados para demostrar la corrección de la doctrina de la acción finalista.

¿Pero dónde radica el malentendido que aqui existe? Se advierte en la frase de que el cazador, que da al montero en lugar de al conejo. "no realiza una acción dolosa, es decir, finalista, dirigida al fin de la lesión y, por consiguiente, una acción". Ahora bien, Hellmuth Mayer no quiere decir tampoco que el cazador realice una acción lesiva "dolosa", en el sentido de los delitos de homicidio o lesiones corporales. En sus palabras va implícita, más bien, otra afirmación: la equiparación de finalidad y dolo. Si Mayer entendiese la palabra "dolo" (Vorsatz) en el sentido del lenguaje corriente en Alemania, con arreglo al cual -y según un viejo refrán- incluso el camino del infierno está empedrado de "buenos dolos" (buenos propósitos, decimos nosotros), entonces podría equiparar, sin reparo alguno, la finalidad con el dolo, es decir, con la voluntad de realización de la acción. Entonces, en el caso mencionado por el, el autor realizaría, sin duda, una acción finalista dolosa dirigida a la realización del fin de la caza del conejo y, "por consiguiente, una acción". Mayer confunde, sin embargo, el dolo con el dolo de la realización del tipo. lo cual es fácil en la lengua alemana, y llega por ello a la conclusión de que puesto que el cazador que dispara al conejo no actúa con dolo de realización de un tipo, no realiza, "según la doctrina de la acción finalista", una acción. Nunca y en ninguna parte la doctrina de la acción finalista ha mantenido la tesis de que sólo pueda haber acciones dentro de las acciones típicas, de que no exista finalidad y por tanto, acciones fuera del dolo del tipo. La doctrina de la acción no se ocupa en primer término de las acciones relevantes para el Derecho Penal, sino que desarrolla el principio estructural general de las acciones humanas, es decir, su dirección en función del fin anticipado mentalmente (junto a la selección de los medios y la consideración de los efectos concomitantes) y su realización en dirección al fin. En este sentido es completamente indiferente el fin de que se trate o que éste sea o no relevante para el Derecho. Entre los ejemplos que utilizo en la doctrina de la acción, hay muchos de acciones que son o pueden ser completamente irrelevantes para el Derecho: construir, escribir, inyectar, montar a caballo, jugar. hacer gimnasia y otros. Lo único que me interesa en la doctrina de la acción es poner de relieve el principio estructural, general, de la acción humana, es decir, de su dirección y demostrar que la "acción", también en su curso "externo", es un acontecer dirigido por la voluntad, por consiguiente, una unidad, de voluntad interna y hecho externo. Si este es el principio estructural general de toda acción humana, tiene que serlo también de la acción relevante para el Derecho Penal, es decir, de la acción típica; sólo así adquiere importancia para la acción típica. También la voluntad de la acción dirigida a la realización de una acción típica, es decir, el dolo del tipo, tiene que ser el factor que dirija la acción. Esto significa que si bien todo dolo del tipo es una voluntad finalista, no toda finalidad es un dolo del tipo. Los dolos del tipo representan sólo un pequeñísimo sector de la multitud innumerable de posibles voluntades finalistas de la acción (de los dolos del uso común del lenguaje), así como las acciones típicas representan sólo un sector pequenísimo de las acciones que se realizan. El malentendido de H. Mayer se basa en la duplicidad de sentidos de la palabra dolo en la lengua alemana (es decir, dolo=voluntad finalista de la acción y dolo=dolo del tipo).

Aunque este malentendido no aparece por primera vez en H. Mayer, Ya Engisch, en 1944, en el libro homenaje a Kohlrausch y refiriéndose a las dos primeras ediciones de mi Grudriss des Allgemeinen Teils (Compendio de la Parte General), me había reprochado falta de consecuencia: la enfermera que invecta al paciente un calmante que le ha entregado el médico, sin tener noticia del veneno que éste ha mezclado en la invección, "no habría realizado, según Welzel", escribía Engisch, "acción alguna" (2). En el mismo año (1944) contesté, en la tercera edición de mi Grudriss (3), que el carácter doloso de una acción debía ser sólo examinado en relación con la producción de un resultado determinado. Por ello, la enfermera "no realiza una acción finalista de matar, pero sí una acción finalista de inyectar". Esta aclaración la reproduje también en las dos primeras ediciones de mi Lehrbuch (Manual) (1947 y 1949). En la tercera edición (1954) hacía referencia también a esta aclaración, pero no la reproducía. Para evitar, no obstante, el malentendido que se habia manifestado por primera vez en Engisch, añadí en el capítulo 13 de mi Lehrbruch, al tratar del dolo, el siguiente pasaje:

"Mientras se utiliza el dolo como concepto jurídico-penal, su objeto es la realización del tipo objetivo de un delito. Dolo, en el sentido técnico del Derecho Penal, es sólo la voluntad de la acción dirigida a la realización de un tipo delictivo. De ahí se deduce que existen también acciones no dolosas, es decir, acciones en las cuales la voluntad de la acción no está dirigida a la realización de un tipo delictivo, como la mayor parte de las acciones de la vida diaria. A ellas pertenecen también las acciones culposas".

Este pasaje lo he mantenido, sin modificación alguna, hasta la última edición (1967). Pero a pesar de ello, han surgido continuamente malentendidos. Por esta razón, en el Libro en memoria de Max Grünhut (1965) (4) hice la siguiente observación:

"Tengo la sospecha de que la falta de claridad sobre la relación entre el dolo del tipo y la voluntad finalista de la acción es el principal punto de apoyo para la crítica de la doctrina de la acción finalista. Por ello, como aclaración: todo dolo del tipo es una voluntad finalista de una acción, pero no toda finalidad es un dolo del tipo".

Esta indicación ha servido también de poco. Un joven español (5) ha objetado contra ella lo siguiente: las explicaciones que da allí Welzel son algo completamente nuevo; la doctrina de la acción finalista no puede dis-

^{2.} Pág. 156, nota 55.

^{3.} Pág. 37.

^{4.} Pág. 178; nota 20.

^{5.} Gimbernat Ordeig, N. J. W. 66, págs. 533 y ss.

tinguir una voluntad finalista de la acción junto al dolo del tipo y no ha hecho tampoco antes esta distinción. Estas des afirmaciones son sencillamente falsas. Desde la tercera edición de mi Grudriss (1944) hasta la última edición de mi Lehrbuch (1967) he hablado expresis verbis de acciones no dolosas, es decir, de acciones sin dolo del tipo, y he mencionado también algunos ejemplos; y al que haya conocido mis primeras publicaciones (6) no le puede pasar por la imaginación que yo haya entendido únicamente por voluntad rectora de la acción el dolo del tipo. Espero que este viejo malentendido desaparezca ya definitivamente.

Lo que me ha sorprendido es que esta confusión aparezca de nuevo precisamente en H. Mayer. La invocación de la estructura de la acción humana en la doctrina de la acción finalista tenía por objeto fundamentar de un modo más profundo la conexión interna, es decir, la unidad del acontecer externo y la dirección, de la acción. En este sentido, la "teoría de la voluntad" de H. Mayer suena como una paráfrasis de la doctrina de la acción finalista. Según H. Mayer, acción es voluntad objetiva, la forma externa que se da a sí misma la voluntad; de un modo gráfico, dice H. Mayer, el hecho y la voluntad se comportan como el cuerpo y el alma; así como un cuerpo sin alma es sólo un cadáver, una conducta corporal sin voluntad interna no es una acción (7). Todas estas expresiones gráficas podría utilizarlas yo también para ilustrar la teoría de la acción finalista. Pero, como el mismo H. Mayer dice, se trata sólo de imágenes; les falta la estructura, racional y captable por la razón. Sólo una vez se hace alusión a ella, de pasada, cuando escribe: "un acontecimiento externo, que no está dirigido por una voluntad así, no puede ser concebido como contrario a los imperativos" (pág. 60). Pero no desarrolla luego este pensamiento.

Estas observaciones son suficientes para aclarar la relación entre la finalidad y el dolo. La finalidad es el concepto más general, fundamental; designa la cualidad de una acción de ser un acontecimiento dirigido. Es un concepto prejurídico, mientras que el dolo es un concepto jurídico, referido al tipo objetivo, que indica que la dirección de la acción se orienta a la realización del tipo. Quizá hubiera sido mejor que hubiera adecuado a ello mi terminología y hubiera denominado a la acción no según el fin, desde el que y hacia el cual es dirigida (es decir, como acontecer "finalista"), sino más bien según el acto de dirección, es decir, con la palabra griega, hoy puesta de moda, para designar la dirección (kybernan), como acontecer "cibernético". Algunas confusiones se hubieran evitado de antemano. En todo caso está claro que cuando la voluntad de la acción se dirige a la realización de un tipo legal estamos ante el dolo en sentido técnico. Este dolo es una parte integrante de la acción. De ahí se derivan importantes consecuencias para la doctrina de la participación: la inducción y la complicidad suponen

una conducta principal dolosa. Esto lo ha reconocido también nuestro Bundesgerichismos (Tribunal Supremo) y ha aceptado, con ello, una consecuencia de la doctrina de la acción finalista (8). La segunda consecuencia afecta a la doctrina de la culpabilidad y consiste en que la conciencia de la antijuridicidad no es un elemento del dolo. De aní se deriva la doctrina del error de prohibición que ha admitido igualmente nuestro Bundesgerichtshof en una sentencia que se ha hecho muy famosa (9).

Pero ahora posamos al delito cuiposo. ¿Puede la doctrina de la acción finalista explicar también de modo satisfactorio el delito culposo? Rodriguez Muñoz lo dudó en 1953, y muchos autores famosos han compartido hasta hoy sus dudas. A estas dudas quisiera oponer yo la tesis, que pretenderé demostrar, de que precisamente la doctrina de la acción finalista y sólo la doctrina de la acción finalista está en condiciones de interpretar correctamente los gelitos culposos. En primer lugar haré una breve consideración histórica, La doctrina de la acción que a partir de 1880 llegó a ser, poco a poco, la dominante y según la cual, acción es el mero curso causal impulsado por un acto humano voluntario, fue desarrollada especialmente en función de la doctrina de la culpa (10). Dado que se consideraba, como hacía Mezger en 1952 (11). que "la parte esencial, para el Derecho Penal, del delito culposo" era el resultado causado, parecia no existir mejor via para la comprensión de la culpa que el concepto causal de la acción. También fui victima yo, al principio, de este prejuicio y partí de la consideración de que en el delito culposo "el resultado, no deseado, decisivo, se produce de un modo ciego-causal" (12). El prejuicio no consistía en que el resultado se produzca de un modo causalciego, sino en que sea él precisamente el elemento decisivo de la culpa. Sólo con vacifaciones y poco a poco me fui liberando de este prejuicio. Esto sucedió en los años siguientes al de 1954, cuando Rodríguez Muñoz no vivía ya, desgraciadamente. En la cuarta edición de mi Lehrbuch (1954) (13) objeté a la frases antes citada de Mezger que el elemento decisivo de la antijuridicidad de la culpa no podia ser el mero resultado causado; pues el conductor que conduce observando el cuidado necesario en el tráfico y atropella, sin embargo, a un peatón, porque éste, de repente, se colocó de un salto delante del coche, causa sin duda con su acción -conducir el coche la lesión de un bien jurídico, pero su conducta no es antijurídica y no meramente inculpable. El elemento de la antijuridicidad tiene que radicar en algo distinto que

^{6.} Especialmente Z. Str. W. 51, págs. 717 y ss.; 58, págs. 502 y ss.

^{7.} Así Mayer, pág. 60.

^{8.} B. G. H. 2, pág. 370.

^{9.} B. G. H. 22, pág. 194

^{10.} Véase Radbruch, Der Handlungsbegriff, 1904.

^{11.} Mezger, Kurzlehrbuch, Allg. Teil, 4ª ed., 1952, pág. 45.

^{12.} Z. Str. W. 58, 559.

^{13.} Pág. 33.

el resultado, es decir, en la forma de ejecución de la acción (14). Este argumento fue recogido por el Bundesgerichtshof, que declaró en su sentencia B.G.H.Z. 24, pág. 21 (15):

"No es posible que una conducta que se ajusta completamente a los mandatos y prohibiciones del Derecho del tráfico sea objeto del juicio valorativo o negativo de la antijuridicidad. El resultado producido no ofrece para ello fundamento suficiente, puesto que el juicio de la antijuridicidad ... no puede dejar de tener en cuenta la acción que conduce al resultado". En el mismo sentido se ha manifestado el T. S. español en numerosas sentencias, a partir de las de 11 y 16 junio 1964.

De un modo aún más claro puse de manifiesto la insuficiencia del resultado causado y la importancia decisiva de la forma de ejecución de la acción para el juicio de la antijuridicidad, mediante el siguiente ejemplo (16): los coches A y B chocan en una curva sin visibilidad, quedando lesionados los dos conductores, A y B. La acción de cada uno de ellos ha causado la lesión del otro. Sin embargo, con esto no se ha determinado aún la antijuridicidad de su conducta. Pues el que haya actuado uno u otro antijuridicamente depende de cómo fueran sus acciones: para A se trataba de una curva a la derecha; al entrar en la curva se había mantenido en la parte derecha de la carretera; para B se trataba de una curva a la izquierda, que cortó entrando en la banda de A. La acción de A era —a pesar de la lesión de B- correcta, cuidadosa, conforme a Derecho; la de B, al contrario, incorrecta, imprudente, antijurídica. No hay duda de que es la consideración de la forma de ejecución de la acción y no la mera comprobación de la producción del resultado la que proporciona el fundamento objetivo para el juicio de la antijuridicidad. Esto demuestra que el concepto causal de la acción no ha facilitado, sino que ha desviado e incluso ha bloqueado el camino a la valoración jurídica. Puesto que con él no sólo se desplaza el problema de la antijuridicidad a un plano falso, sino que no es posible una solución satisfactoria del mismo, al formularse únicamente la pregunta acerca de la conducta correcta, cuidadosa y, por consiguiente, acerca de la conducta incorrecta, imprudente, en el ámbito de la culpabilidad.

Pero aunque se haya demostrado que el concepto causal de la acción es inservible en la culpa, que aún por examinar el problema de si la doctrina de la acción finalista es más apropiada para proporcionar el fundamento del juicio de la antijuridicidad en los delitos culposos. ¿No será cierto que, como lo ha dicho Schroder, la "tendencia finalista" es aquí completa-

mente indiferente (11); o, para decirlo con palabras de Arthur Kaufmann (18), el elemento juridicamente relevante del hecho culposo —la inobservancia del cuidado objetivamente debido en el desarrollo de la acción— no puede ser insertado "en el modelo de acción de la doctrina de la acción finalista"? En efecto, la "tendencia finalista" (o más exactamente, el fin anticipado de la acción) es completamente indiferente en el hecho culposo. La doctrina de la acción finalista nunca ha afirmado lo contrario. Pero no se trata en realidad de esto, sino, mas bien, de si el fundamento objetivo al que hace referencia el juicio de la antijuridicidad del delito culposo (o sea, la inobservancia del cuidado objetivamente debido) puede ser comprendido con el "modelo de la docurna de la acción finalista" y sólo con él.

Ahora bien, en los ejemplos antes citados puede verse esto claramente, No se hace referencia en ellos a los fines de las acciones -llegar con el coche rapidamente a un lugar determinado- puede suponerse que son unos u otros y probablemente serán indiferentes para el Derecho Penal; lo que importa es si los autores al realizar las acciones que han elegido y que llevan a cabo para conseguir sus fínes, han observado o no el cuidado necesario en el tráfico. Esto lo ha hecho A, pero no B. La dirección de su acción (agui, incluso, en sentido literal) era incorrecta, es decir, no respondía al cuidado necesario en el tráfico para evitar las colisiones y era, por ello, imprudente y antijurídica. También aqui se advierte que sólo partiendo del modelo de la acción finalista como un acontecer dirigido o mejor un acontecer que se dirige a si mismo, se destacan las circunstancias en que puede basarse el juicio de la antijuridicidad. Sólo así se hace perceptible el elemento de lo injusto de la culpa: la dirección real de la acción, es decir, la selección de los medios y su utilización, es examinada para ver si se ajusta o no al cuidado necesario en el trafico. Cen ello se destaca un elemento que se esfumaba en la doctrina causal de la acción (con su tesis de que sólo la causación del resultado tiene relevancia jurídica) (19). Sólo mediante su exames, puede constatarse la juridicidad o antijuridicidad de una acción culposa. Es cierto que según el Derecho positivo alemán la inobservancia del cuidado objetivamente debido en el desarrollo de la acción tiene que haberse realizado también en una lesión de un bien jurídico. Aquí podría hablarse de un "residuo" de la doctrina causal de la acción. Pero no puede decirse que sólo el elemento causal tenga relevancia jurídica, pues dicho elemento es sólo relevante si es consecuencia de una determinada acción que no responde al cuidado objetivamente debido (20), de una acción dirigida (finalista).

^{14.} Mezger suprimió desde la 5º edición de su urzlehrbuch la frase criticada, pero siguió manteniendo en el capítulo 70 hasta la última edición publicada por él, la 9º) que los efectos de la ejecución de la acción son un "puro reproche de culpabilidad". Sólo Blei ha roto con este criterio en su reelaboración de la 12º edición.

^{15.} N. J. W. 57. 785 (786).

Fahrlassigkeit und Verkehrsdelikte, Zur Dogmatik der fahrlassigen Delikte, Karlsruhe, 1961, pág. 8.

^{17.} Schonke-Schroder, Vorb. 32.

^{18.} Juristische Schulung, 67, pág. 147.

Así, ya Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlassigkeit, 1930 págs.
 276 y sgs.

^{20.} Esto lo afirma también claramente Schroder: Schonke-Schroder, art. 59, N. 159, ciertamente en contradicción con pasajes anteriores, por ejemplo, en N. 163 y, sobre todo, en Vorb. N. 32.

Precisamente en el delito culposo se advierte con una claridad meridiana, que también en él la dogmática del Derecho penal sólo está en condiciones de deslindar los elementos del delito, de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad sobre la base del concepto de la acción finalista, de la acción dirigida ("cibernética") y no sobre el concepto causal de la acción: una acción es típica, en el sentido de los delitos culposos, si su dirección real no corresponde al cuidado necesario en el tráfico y a consecuencia de ello ha producido un resultado tipico. Esta tipicidad es un indicio de la antijuridicidad; ésta se da si no concurría ninguna causa de justificación de la acción imprudente. La culpabilidad es la reprochabilidad de la inobservancia del cuidado objetivamente debido; se da, si el autor ha previsto o ha podido prever, la infracción del cuidado objetivamente debido. Con ello la doctrina de la acción finalista ("cibernética") ha fundado la dogmática del delito culposo. Esta dogmática se ha convertido actualmente en la opinión dominante en la doctrina.

Les agradezco a ustedes su amable atención y confío en haber conseguido darles una impresión del estado actual de la doctrina de la acción finalista en Alemania.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN

Redactó esta Sección: Ricardo Ignacio Hoyos Duque

DELITO CULPOS Y CUERPO DEL DELITO

LA ESENCIA DE LA CULPA CONSISTE EN LA VIOLACION DE UN DEBER OBJETIVO DE CUIDADO, PERO LA CULPA NO PUEDE PREDI-CARSE DE ESA SOLA VIOLACION: DEBE HABER, ADEMAS, RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE LA VIOLACION DEL CUIDADO Y EL DAÑO. LA PRUEBA DE ESA RELACION, HACE PARTE DEL TIPO OBJETIVO EN LOS DELITOS CULPOSOS. SI NO HAY TAL PRUEBA NO HAY CUER-PO DEL DELITO Y NO PUEDE LLAMARSE A JUICIO.

Proceden las siguientes consideraciones, en base a las cuales el caso debe ser resuelto según la ley y la justicia:

- a) La responsabilidad penal depende estrictamente del dolo y de la culpa. No hay al menos en casos como el de autos, responsabilidad objetiva o por la simple causación material del resultado.
- b) Es sin duda imprudente conducir en estado de alicoramiento, del tercer grado en adelante. Pero ello no significa que se deba responder por todo daño ocasionado en tales circunstancias, pues esto representaría una aberrante modalidad de responsabilidad objetiva conocida como versari in re illicita. Según esta vetusta y abandonada teoria, el agente debe responder de todo daño tipico que ocasione en el desenvolvimiento de una actividad ilícita (y conducir vehículos en estado de embriaguez está prohibido).
- c) Entre la embriaguez, que es de suyo una modalidad imprudente de la conducción de automotores, y el daño tipico, debe existir relación de causalidad o determinación, pues de lo contrario éste no es imputable o atribuible

a la imprudencia del conductor alicorado sino a factores causales distintos. Empero, en los delitos de resultado se responde tan sólo por los resultados tipicos que son consecuencia de la propia acción u omisión y no de fuerzas extrañas. "La conducta voluntaria (que causa el resultado) es violatoria en las culpas de un deber de cuidado, y entre la violación del deber de cuidado y el resultado debe existir una relación de determinación. Esto sea dicho, por supuesto, además de la previsibilidad" (Zaffaroni, Teoría del Delito, pág. 330).

- d) El limite de la culpa es la previsibilidad del daño y su fundamento la evitabilidad del mismo, pero la culpa consiste esencialmente en la violación de un deber objetivo o general de cuidado, cuya consistencia depende de la actividad de que se trate. "Que una acción no sea adecuada a los reglamentos no significa todavia que sea una acción descuidada. Decisivo será siempre determinar las medidas concretas de precaución requeridas que el hecho debia haber adoptado de acuerdo a las circunstancias presentadas" (Bustos Ramirez. Culpa y Finalidad, pág. 74).
- e) La relación de causalidad sólo existe cuando, observando las debidas cautelas, el daño no habria acontecido. "La producción del resultado ha de ser justamente la concretización de la lesión del cuidad. Tal no es el caso cuando el resultado ciertamente ha sido causado por la acción contraria al cuidado, pero también se habría producido si se hubiera ejecutado conforme al cuidado" (Welzel, Derecho Penal Alemán, pág. 193). "Tiene que comprobarse que el resultado se ha producido en virtud de una lesión del cuidado con una probabilidad lindante en la certeza; de lo contrario debe absolverse" (Ib. 194).
- f) "Contrario al cuidado es sólo aquella puesta en peligro que va más allá de la medida normal en el ámbito de relación o de la medida adecuada socialmente" (Ib., 188). No es por tanto descuidada, imprudente o reprochable la conducción de automotores con un grado de alicoramiento inferior al tercero (primero o segundo), porque sólo a partir del tercero (inclusive) aparece la relevancia social de esa conducta, su significación juridica, su peligrosidad para los bienes jurídicos. Cuando se trata de actividades que de suvo implican un peligro permitido, sólo es descuido la que incremente innecesariamente el riesgo. Conducir en estado de embriaguez, a partir del tercer grado, tiene tal sentido, y el sindicado estaba conduciendo en tal estado. Pero esta consideración, que ha bastado para formularle la imputación en pliego de cargos, ha sido prácticamente la única de relevancia empleada en el proceso hasta el momento. Porque no puede admitirse que conducir en la zona urbana, sin congestión peatonal ni especiales restricciones o señales de peligro, a cincuenta o sesenta kilómetros por hora, represente un modo imprudente o temerario de hacerlo. Pensar así representaría desear la parálisis del moderno y complejo tráfico motorizado. Sin embargo, no hay prueba que desvirtúe tal aseveración del indagado, ni ésta es incompatible con la naturaleza del hecho. El valor de los daños civiles, tomado en cuenta por el distinguido colaborador fiscal, es un dato relativo por el crecido precio del taxi (Dogge-Dart de reciente modelo) v porque allí se incluyeron daños que no fueron ocasionados por la

colisión con el jeep, como la avería de la suspensión delantera, que debe ser costosa por haber sido excesiva o extrema la velocidad del jeep manejado por el doctor N. N., el resultado hubiera sido aún más catastrófico. Pero nótese que los daños típicos (lesiones y muerte de dos personas) dependió de la colisión, ciertamente, pero no denota su singular violencia porque los lesionados no estaban dentro del automóvil sino prácticamente debajo de él y con el impacto éste se les vino encima o los aprisionó contra la grúa. Para un hecho así no se requiere un impacto demasiado fuerte, menos aún si se recuerda que el taxi estaba "balanceado" sobre el separador central de las vias y poseía por tanto menos estabilidad de la normal en un vehículo parqueado. Solo porque la colisión no fue demasiado fuerte, se explica la incolumidad de la pasajera del jeep y la leve lesión sufrida por su conductor.

g) La relación causativa entre el descuido del agente y el daño punible, pertenece al tipo de injusto en los delitos culposos. Pero el tipo de injusto, en su dimensión objetiva, y tal nexo causal es el elemento objetivo del tipo, es lo que se llama el cuerpo del delito. Para vocar a juicio, el cuerpo del delito debe estar probado plenamente. La duda, con todo, se opone a esa plena prueba, sea que le caiga sobre la totalidad o sobre un elemento esencial sine quanon. En esta causa, de consiguiente, no existe la prueba requerida por la ley para dictar auto de proceder.

14 de Octubre de 1977.

Magistrados: Juan Fernández Carrasquilla, Fernando Gómez, J. Héctor Jiménez Rodríguez.

REHABILITACION. SANCIONES COMO DESTITUCION DEL CARGO Y OTRAS, NO TIENEN UN CARACTER INDEFINIDO Y EXISTE LA POSIBILIDAD DE LA REHABILITACION. MIENTRAS NO SE FIJEN TRAMITES Y ORGANISMOS DE CONOCIMIENTO EXCLUSIVO SE RIGE POR LOS TRAMITES DEL CODIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTO PENAL.

A la luz del ordenamiento positivo sanciones de la naturaleza de la que se impuso a la peticionaria genezan interdicción u obsiáculo para el ejercicio de cargos en la rama jurisdiccional o en el Ministerio Público y repercuten por lo mismo, de manera indefinida, en la esfera de los derechos políticos que tutela la Carta Política en términos que la inhabilidad no alcanza la calidad de perpetua o irredimible (artículos 15, 37 y 62).

El Decreto 250 de 1970 y su antecedente inmediato (Decreto 1698 de 1964) guardan silencio acerca de la posibilidad de la rehabilitación de las personas a quienes por conductas lesivas de la eficacia o de la dignidad de la administración de justicia se impuso la medida de destitución del cargo. Mas como tampoco la prohiben en forma expresa y la pérdida de un empleo oficial inhabilita para ocupar posteriormente otros en rama judicial o el Ministerio Público, amén de que el carácter de esas sanciones resulta indiscutible, lo que establece el artículo 113 del C. P. es aplicable en la hipótesis de autos, por

vía analógica, principio que tiene amplia cabida cuando se trata de materias que fayorecen al acusado (artículo 26 de la Constitución Nacional).

De ahi el sentido y orientación de la jurisprudencia que reitera y amplia la Corte Suprema de Justicia cuando, a raiz del auto dictado el 1º de Diciembre de 1977, escribió que "Es notoria la extensión que la doctrina y la legislación positiva vienen dando a la rehabilitación para anular los efectos indefinidos de las sanciones. De ahi que unas veces se acuda a la ley para cumplir con esta finalidad, v. gr. rehabilitación en el caso de pérdida de la ciudadania o interdicción de derechos y funciones públicas, suspensión o pérdida de la patria potestad, exclusión del ejercicio de la abogacia; y otras a la doctrina, que en buena hora desarrolla íntegramente las instituciones, permiento su aplicación para quienes han sufrido la prohibición de ejercer cualquiera otra profesión, o sido destituído o suspendido por segunda vez, tratándose de funcionarios o empleados de la rama jurisdiccional o del Ministerio Público, o destituído por faltas graves de cualquier cargo público, etc.

"Mientras no se fije un trámite propio, unos requisitos especiales o un organismo de conocimiento exclusivo, la rehabilitación se regirá por lo dispuesto en los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, los cuales señalan las condiciones básicas y atribuyen competencia a los Tribunales Superiores del Distrito Judicial en donde se hubiere dictado la sentencia, y a la Corte, por impugnación de quien tenga interés jurídico en presentarla". (Magistrado ponente, Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

Mayo 23 de 1978, Magistrados, Drs. Héctor Jiménez, Ponente, Alvaro Medina Ochoa, Luis Alfonso Montoya Cadavid.

VARO MEDINA OCHOA, LUIS ALFONSO MONTOYA CADAVID.

TENENCIA DE MARIHUANA PARA REMEDIO

EL CONSUMO DE MARIHUANA QUE LA LEY REPRIME NO ES UN USO CUALQUIERA, SINO PRECISAMENTE EL QUE TOMA LA YERBA EN SU CALIDAD DE ALUCINOGENO O ESTUPEFACIENTE. EL TIPO ES LA MATERIA DE LA PROHIBICION, EL CONTENIDO DE LO QUE ESTA PENALMENTE PROHIBIDO. LO ATIPICO, ES PERMITIDO. LAS ACCIONES QUE NO SON SOCIALMENTE DAÑINAS NO ESTAN COMPRENDIDAS POR LOS TIPOS PENALES. "ADECUACION SOCIAL DE LA CONDUCTA" NO SIGNIFICA EJEMPLARIDAD DE LA MISMA, SINO CONDUCTA QUE SE MANTIENE DENTRO DEL MARCO DE LIBERTAD DE ACCION SOCIAL.

El tipo es, como Welzel lo ha enseñado, la materia de la prohibición el contenido de lo que está penalmente prohibido. Lo atípico, que carece de relevancia penal, es lo permitido, lo que libremente se puede hacer u omitir sin que ni lo uno ni lo otro acarree sanción penal. Pero el Derecho Penal, que actúa los más poderosos mecanismos de la represión jurídica y es por ello el último recurso estatal en entrar en juego para proteger el

orden social, no prohibe (tipifica) ni puede por principio y definición hacerlo, conductas insignificantes o inocuas para la vida social. De ser así, el derecho penal perdería su fuerza ética, el mal de la pena dejaría de ser la retribución justa del mal del delito. Para que la pena sea retributiva es necesario, precisa y esencialmente, que el delito sea un mal, esto es, un daño social, entendiendo, claro está, que un peligro más o menos próximo puede ser, según la ley, suficiente lesión. El derecho, con todo, no puede convertir en peligroso lo que no pueda acerrear ninguna consecuencia perturbadora. si bien el legislador, al acuñar los tipos, selecciona valorativamente lo pernicioso de lo que no lo es. Y como los tipos se acuñan en cláusulas, "tiene que quedar reservada al aplicador del derecho la tarea de enjuiciar el contenido de la insignificancia", según ROXIN (Problemas básicos del derecho penal, pág. 221). Sólo así la tipícidad, cuyo mayor peligro es el excesivo formalismo, de la de ser un fenómeno de adecuación exclusivamente formal. para devenir al propio tiempo un juicio de relevancia social y jurídico-penal de la coducta humana. Sólo si lo típico es lo que está juridico-penalmente prohibido, resulta posible comprender y aceptar que el cumplimiento o la realización del tipo conlleve la inferencia de la antijuridicidad, vale decir. acredite indiciariamente el injusto del hecho, mientras no se acredite que la conducta se acopla a un tipo permisivo especial que contempla una causa de justificación.

Huelga sí tener en cuenta que "las conductas socialmente adecuadas (o penalmente irrelevantes por su insignificancia o inocuidad) no son necesariamente ejemplares, sino conductas que se mantienen dentro de los marcos de libertad de acción social" y que a veces pueden no resultar deseables. (WELZEL, Derecho Penal, pág. 85).

Cierto es, volviendo al caso concreto, que el pretexto de que la marihuana incautada se tenía para remedio, ha llegado a ser un expediente manido y poligroso. En ello tienen razón el a-quo y la Fiscalía. Pero no es menos cierto que esa regla general, extraída de la cotidiana experiencia judicial, nada prueba en relación a un caso concreto. La función de esa regla con relación al caso no puede ser otra que la de una advertencia o admonición, que exigirá del juez mayor cuidado en la escogencia y valuación de la prueba, pero no podrá jamás descartar la prueba misma. De que sea manida la disculpa de legítima defensa en los homicidios, por ejemplo, no se sigue que la alegación de ésta por un sindicado cualquiera deba desecharse de plano en todos los casos, sino que el juez ha de apreciar esa alegación y su prueba con suma prudencia, pero sin volverse jamás de espaldas a la realidad, ni torcerle el pescuezo a la verdad, porque entonces su disposición no sería la de la equidad.

Enero 27 de 1978.

Magistrados: Juan Fernández Carrasquilla, Fernando Gómez, Héctor Jiménez Rodriguez.

DELITO CONTINUADO CON UN SOLO COMPORTAMIENTO CONSTITUTIVO DE VARIAS ACCIONES

EL DELITO CONTINUADO NO REQUIERE CONTINUIDAD O SUCESION DE CONDUCTAS. PUEDE DARSE CUANDO CON UN COMPORTAMIENTO SE VIOLA. DE MANERA REPETIDA, UNA MISMA DISPOSICION, CON LA CONDICION DE QUE EXISTA UNIDAD DE DESIGNIO.

Con motivo de la negociación de un vehículo automotor (bus) efectuada el 13 de diciembre de 1976 en el municipio de Rionegro, AA suscribió a favor de BB 16 letras de cambio por valor de cinco mil pesos cada una y pagaderas mensualmente. Pocos días después y con ocasión de otro negocio efectuado entre AA y NN, este último se hizo cargo de la obligación que el primero tenía contraída con BB. Los iniciales documentos librados por AA fueron destruídos y se sustituyeron por otros nuevos títulos: NN libró a favor de AA quince letras de cambio, por cinco mil pesos cada una y pagaderas mensualmente.

A su vencimiento, NN canceló el primer título—valor y a los días sigiuentes propuso a BB el pago de contado del resto de la obligación. Hubo arreglo entre las partes: por los setenta mil pesos que a crédito todavía adeudaba NN a BB le daría un solo contado de cincuenta y seis mil pesos. Con este propósito el 22 de abril del año próximo pasado BB se presentó a la casa que NN habita en el municipio de Rionegro y confiado en recibir un cheque por el valor ya mencionado, entregó las catorce letras a su librador. Este procedió a destruirlas y con el pretexto de que ignoraba que su chequera se hubiera agotado invitó a BB a que se presentara al día siguiente a reclamar su cheque. Cuando lo hizo, descaradamente desconoció la obligación.

Calificación jurícica. Indudablemente que los hechos anteriores y que se imputan a NN, tipifican un delito de falsedad en documentos, como que destrucción (ord. 99 del art. 231 del C. Penal) de instrumentos negociables (art. 233 ibidem), hoy llamados títulos-valores de contenido crediticio que tienen por objeto el pago en moneda (art. 821 del C. de Comercio).

Pero no se trata, como lo creyó el a-quo, de una sola conducta o acción. Fueron varias, si bien ejecutadas en forma simultánea. NN destruyó no una sino catorce letras de cambio, cada una de ellas constitutiva de un documento autónomo que tenía su vencimiento independiente. Para la Sala, no puede ser lo mismo destruir un documento que destruir catorce, como no puede ser lo mismo matar a una persona que matar dos, así para hacerlo se utilice el mismo medio y se disponga de él en forma coetánea (arrojar una bomba para causar la muerte a dos personas que se encuentran juntas). Es que hay acciones, muchas, que pueden ser ejecutadas simultáneamente o en forma separada, sin que ello tenga por qué implicar para el causante diferente tratamiento: siempre tendrá que responder de todas ellas. Tan cierto es lo que se viene afirmando, que el artículo 33 del C. Penal expresamente

menciona esta hipótesis: "Al responsable de varios delitos (a cada uno de ellos corresponde una acción u omisión) cometidos separada o conjuntamente...".

En este orden de ideas, se llega a la conclusión de que NN destruyó catorce documentos, cada uno de ellos autónomo, violó catorce veces la norma penal antes transcrita. Pero como quiera que estas catorce infracciones a la ley penal estaban comprendidas dentro de un mismo designio criminal (no pagar nada de lo adeudado a BB), no es posible hablar de un concurso material de delitos sino únicamente de un delito continuado (art. 32): "Se considera como un solo hecho la infracción repetida de una disposición de la ley penal, cuando reveló ser ejecución del mismo designio...". Con esta modificación será confirmado el auto de proceder: el delito de Falsedad en Documentos que se predica de NN tiene el carácter de continuado. Adviértase, desde luego, que las exigencias probatorias del Art. 481 del C. de P. Penal están cabalmente satisfechas.

Febrero 2 de 1978.

Magistrados: Guillermo Duque Ruiz, Juan Fernández Carrasquilla y Fernando Gómez Gómez.

NULIDAD POR FALTA DE DÆFENSA.
ACTUACIONES QUE COMPRENDE
UNA NULIDAD DECRETADA.

EL DERECHO DE DEFENSA DEBE TENER LA MODALIDAD DE TECNICA Y EXPRESARSE A TRAVES DE SOLICITUD DE PRUEBAS, LA CONTROVERSIA DE LAS MISMAS, EL EJERCICIO DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACION, ALEGACIONES ESCRITAS Y ORALES, ETC. DECRETADA UNA NULIDAD, PUEDEN SUBSISTIR AQUELLOS ACTOS POSTERIORES INDEPENDIENTES O SIN LIGAMEN CON EL ACTO QUE CONTIENE LOS VICIOS.

Entre las garantías individuales de vigencia permanente, en tiempo de paz o de guerra, el constituyente y el legislador ordinario imponen la estricta sujeción a las normas procesales de naturaleza sustantiva que rigen en todo juicio, una de ellas, quizá la más saliente y por lo mismo base inocmnovible del juzgamiento, la que consagra el derecho de defensa que en su modalidad de técnica, letrada o formal se expresa a través de la solicitud de pruebas, la controversia de las mismas, el ejercicio de los medios de impugnación y las alegaciones escritas y orales, actividades dirigidas, anota Manzini. "a hacer valer ante el Juez los derechos subjetivos y los intereses juridicos del imputado".

Destacamos la trascendencia de esa garantía, cuyo menosprecio o quebranto lesiona en materia grave los principios rectores del debido proceso, escribe la Corte Suprema de Justicia que "de todas estas funciones la más importante es la asistencia del procesado por medio de intervenciones del defensor basadas en sus conocimientos y en su experiencia que vayan estructurando y guiando esa defensa y protégiendo al defendido de posibles errores o abusos de la justicia y a través de las cuales se constituye no sólo en un guia sino también en un protector de aquél.

"Por eso resulta claro que cuando esa asistencia es inadecuada, la situación del imputado en el proceso puede verse comprometida y su derecho de defensa aparece menoscabado.

"Pero sólo cuando esa falta de asistencia por parte del apoderado ha hecho imposible o difícil que se ejerciten no sólo ese sino también los demás derechos del sujeto pasivo de la acción penal puede considerarse que no ha gozado de garantías para su defensa" (Casación penal de Julio 22 de 1976).

En la situación de autos resulta indiscritible la violación de la garantía del derecho de defensa consagrado en el articulo 26 de la Carta Política ya que ni en el curso de la audiencia, ni después, N. N. tuvo la asistencia juridica de la persona a quien se encomendó su patrocinio o representación. Al Dr. N. N. se le otorgó el derecho al uso de la palabra y a pesar de ello se abstuvo de exponer, menospreciándose el principio de concentración procesal establecido en el artículo 511 del C. de P. P., sus argumentos defensivos en forma oral y escrita. Se limitó a pedir un término para el cumplimiento de los deberes que la ley manda realizar en el acto de la vista pública, y el Juez, acogiéndose a una práctica viciosa, le concedió plazo de quince días para aducir sus alegaciones escritas, las que nunca se presentaron (folios 249 y ss del cuaderno relacionado con el robo).

La anomalía se refiere entonces a un acto singular o específico del proceso por robo que no tiene por qué afectar algunas actuaciones cumplidas en el juicio por la fuga de presos que aparecen independientes del vicio, de manera que la invalidez sólo tiene que derramar sus consecuencias, en lo que concierne a las causas acumuladas, a partir del fallo de primera instancia.

La doctrina y la legislación procesales, especialmente en el campo civil, han logrado notorios avances en el entendimiento de los efectos o extensión de la nulidad declarada, sentando la regla de que la invalidez no se comunica siempre a los actos independientes o sin ligamen y posteriores al que contiene el vicio, muchos de los cuales pueden subsistir sin él.

"En el sistema del Código Procesal Civil anterior, observa Hernando Devis Echandía, la nulidad dejaba sin efectos toda la actuación procesal posterior al momento en que el vicio habia ocurrido; en cambio, según el artículo 158 del actual Código (aplicable al procedimiento penal por mandato del artículo 39 del C. de P. P., sostiene el Tribunal), "la nulidad sólo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produce y que resulte afectada por éste"; las últimas palabras significan que puede subsistir como válida la actuación posterior al vicio, que no dependa del acto en el cual ocurrió éste..." Más adelante escribe el tratadista: "Esta limitación de los efectos de la nulidad ha sido reclamada por la doctrina moderna. Su importancia, como instrumento de economía procesal, ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia", como se lee en el fallo de casación civil de 16 de Agosto de 1972, invocado por el mismo autor, agrega la Sala (Compendio de Derecho Procesal, T. III, Ed. 1977, págs. 173 y 174).

Lo expuesto significa que el auto que ordenó la acumulación de los juicios, expedido con estricta sujeción a la norma de los artículos 90, 91

y 98 del C. de P. P.; los incidentes de libertad provisional y la celebración de la vista pública en la causa por la fuga de presos, cumplidos con observancia de las reglas procesales que los disciplinan, deben conservar su validez, así sean posteriores al momento en que ocurrió la causa de invalidez de la diligencia surtida en el informativo por robo.

Marzo 31 de 1978.

Magistrados: J. Hector Jiménez Rodriguez, Alvaro Medina Ochoa, Alfonso Montoya Cadavid.

CALUMNIA E INJURIA PREVALENCIA DE LOS INTERESES PARTICULARES SOERE LOS DEL MINISTERIO PUBLICO.

EN ESTOS DELITOS LA QUERELLA ES CONDICION DE PROCEDIBILIDAD. ES UN DERECHO SUBJETIVO QUE FACULTA AL CIUDADANO
PARA CONDICIONAR Y ENERVAR LA POTESTAD PUBLICA. EL DESISTIMIENTO PRESENTADO POR EL APODERADO DE LA PARTE DENUNCIANTE, ENERVA LA ACCION PENAL Y HACE QUE ESTA NO PUEDA
PROSEGUIRSE, AUNQUE EL MINISTERIO PUBLICO ASI LO PRETENDA.
ESTO, PORQUE, EN ESTOS CASOS, EL INTERES PUBLICO NO PUEDE
IR MAS ALLA DEL INTERES PARTICULAR AL QUE LA LEY LE HA
DADO PREVALENCIA.

El apoderado judicial del sindicado presenta el memorial que obra de fs. 286 a 288, en el que plantea dos aspectos:

El primero, "la parte civil desistió del recurso de apelación que había interpuesto contra el sobreseimiento definitivo y el desistimiento le fue legalmente admitido. Después de estas eventualidades, el a-quo no podía (como lo hizo) conceder el recurso de alzada que interpuso la Fiscal del Circuito contra esa misma providencia, porque el desistimiento del recurso por el querellante, en el caso concreto, entraña un desistimiento de la acción penal. En efecto, con ese acto la parte civil expresó claramente su conformidad con la providencia calificatoria que decidió definitivamente el proceso penal, quitándole la posibilidad al Estado de discutir si existe o no una razón de derecho que le asiste al agraviado. La discrecionalidad de la parte se convierte aqui en fundamento suficiente de legalidad y el interés público no puede ir más allá del interés particular al que la ley le ha dado prevalencia. Así las cosas, como el Ministerio Público no tenia legitimidad para recurrir, al Tribunal legalmente no le queda otra solución que abstenerse de revisar el sobreseimiento definitivo dictado en favor de mi defendido (el Dr. N.N.).

El segundo, hace referencia a la ausencia de delito, a la no tipificación de conducta delictiva alguna.

La Sala, por encontrarlo viable, se referirá al primer planteamiento.

En nuestro código está consagrado el principio de que la acción penal es pública, pero no obstante, y en tutela de garantías particulares conside-

radas de mayor importancia que la potestad punitiva del Estado, se crearon algunos requisitos de procedibilidad, y uno de ellos es la querella o petición de parte instituída para cierta categoría de delitos, entre ellos los denunciados.

Pues bien, este derecho subjetivo material que recae sobre el contenido sustancial del proceso, se pone en evidencia en los artículos 11, 15, 16, 321, 327 y 330 del Código de Procedimiento Penal. Estas disposiciones no sólo conceden al ofendido "el poder jurídico de requerir la actuación de la ley penal, sino que le acuerdan un derecho para condicionar y enervar por completo la potestad pública".

En estas acciones dependientes de instancia privada es el ofendido quien goza de juzgar no sólo sobre la conveniencia y oportunidad de provocar el proceso penal, sino también sobre la conveniencia y oportunidad de enervarlo bien por el silencio, bien por la manifestación expresa o tácita en tal sentido.

Por eso tiene razón el señor apoderado del Dr. NN al considerar la ninguna legitimidad de la Agencia Fiscal para interponer un recurso contra una providencia plenamente aceptada por el querellante a través de su representante legal, pues hubo una manifestación de acuerdo que tácitamente enervó la capacidad Estatal para un nuevo pronunciamiento distinto al que ya hizo el a-quo.

Octubre 27 de 1977.

Magistrados: Humberto Rendón Arango, Alicia Roldán Ruiz, Edilberto Solís Escobar.

PERITOS EN EL JUICIO PARA AVALUAR DAÑOS Y PERJUICIOS TENDIENTES A APLICAR EL ARTICULO 429 DEL C. PENAL.

AUNQUE EL ARTICULO 503 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL NO MENCIONA AL APODERADO DEL SINDICADO COMO UNA DE LAS PARTES QUE PUEDEN SOLICITAR AVALUO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS CON LA INFRACCION, BIEN PUEDE PEDIR ESE AVALUO, PUES EL ARTICULO 500 AFIRMA QUE "LAS PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO PODRAN PEDIR LAS QUE CONSIDEREN PERTINENTES", SIN QUE LA LEY EXCLUYA, DE NINGUNA MANERA, LA ALUDIDA PRUEBA.

En ese orden, las pruebas tendientes a establecer esos hechos y determinar su cuantía o valor no pueden considerarse como inconducentes; por tanto, como reza el artículo 219 del estatuto que se viene citando, el procesado, su apoderado, etc., pueden pedir la práctica de esas pruebas, "... y el funcionario dispondrá que se practiquen a la mayor brevedad".

Coartar ese derecho, sin razones de peso, conculca las garantías y derechos de la defensa del reo, a lo cual se opone la equidad y las normas de la Carta Fundamental.

Del artículo 380 del C. de P. Penal se copia: "El funcionario de instrucción deberá, de oficio o a petición del ministerio público o de la parte civil, practicar todas las diligencias que sean necesarias para comprobar la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados con la infracción".

Uno de los argumentos —el más socorrido—, para rechazar las pretensiones del recurrente se hace consistir en el texto del artículo 503 del precitado estatuto. La Sala considera que la interpretación dada-a esa disposición no viene al caso, por las siguientes razones:

El articulo 380 ibidem consagra la oficiosidad o gratuidad de la práctica de "...todas las diligencias que sean necesarias para comprobar la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados con la infracción".

Ahora bien, lo que se dispone en el artículo 136 y en el 503 de la tantas veces citada ley adjetiva, debe entenderse sin menoscabo de los principios generales que amparan el derecho de la defensa, entre los cuales se encuentran el que se investigue no solamente lo desfavorable, sino también lo favorable al procesado (artículo 335), y la autorización para pedir la práctica de las pruebas que fueren conducentes (artículo 219 ibídem).

Las dos disposiciones primeramente citadas (artículos 136 y 503 del C. de P. Penal) miran más hacia la acción penal, que es de orden público, y hacia los intereses del ofendido o perjudicado; pero ello no quiere decir, no podría decirlo, que eso coarte o limite las garantías y derechos de la defensa del reo, cuando esto se ejerce oportunamente y mediante el empleo de medios conducentes.

La conducencia, es la única limitación que trae la norma reguladora de la potestad de pedir pruebas, y, en cuanto a la oportunidad, lógicamente se desprende que esa potestad puede ejercerse, bien sea durante la formación del sumario, o bien en el periodo probatorio del juicio, dentro del cual (artículo 500 del C. de P. Penal), "...las personas que intervengan en el proceso (subraya la Sala) podrán pedir las que consideren pertinentes".

Diciembre 18 de 1975.

Magistrados: Fabio Aristizábal Ospina, Bernardo Botero Mejía, Guillermo Duque Ruiz.

DELITO CONTINUADO Y BIENES PERSO-NALISIMOS. CORRUPCION DE MENORES.

SI ES POSIBLE EN ESTOS BIENES, PERO CON LA CONDICION DE QUE SEA UNO MISMO EL SUJETO PASIVO. SIENDO VARIOS LOS SUJETOS PASIVOS. SE PRESENTA UN CONCURSO DE DELITOS. LO ANTERIOR, SE DESPRENDE DEL HECHO DE QUE SIENDO EL DELITO CONTINUADO EJECUCION REPETIDA DE TIPICIDAD BASICAMENTE HOMOGENEAS ES DE SU ESENCIA QUE CADA EJECUCION REPRESENTE UNA AMPLIACION DEL MISMO CONTENIDO DE INJUSTO PROCEDENTE.

Es asimismo correcta la condena por el concurso real de dos delitos continuados de corrupción de menores, uno en cada una de las perjudicadas. Porque si bien el delito continuado se basa, subjetivamente, en la "unidad de designio criminoso" y, objetivamente, en la ejecución repetida de tipicidades básicamente homogéneas que aparecen como el aprovechamiento de una misma o similar oportunidad motivadora, no lo es menos que su ratio essendi consiste en que los varios actos coligados por la unidad del fin, atacan el mismo bien jurídico deteriorándolo en forma progresiva. Cada acto ha de representar la ejecución parcial de un mismo designio general, pero también ha de constituir la ampliación del contenido del injusto procedente, como enseña Welzel con razón. "Los actos posteriores han de producir solamente una ampliación del mismo contenido de injusto... Sin embargo, si lo injusto del tipo se asienta en la lesión de valores enraizados en la personalidad o en la reprochabilidad de relaciones personalisimas, los hechos respecto de o con personas diferentes contienen un nuevo e independiente contenido de injusto" que, por lo mismo, no da lugar a la figura de la continuidad sino a la del concurso real (Derecho Penal Alemán, 313). No es, pues, que en los llamados "bienes personalísimos" se rompa la unidad del designio criminoso, sine que el ataque de uno de esos bienes en persona distinta no se reduce a la ampliación o agravación de la injusticia de un tipo ya perpetrado con anterioridad, sino que configura un injusto por completo nuevo y distinto. En efecto, cuando un autor reitera sus actos corruptores sobre la misma mujer, puede decirse que agrava o incrementa el daño, que aumenta el grado de la misma corrupción. Pero si los actos lúbricos se extienden a otra persona, no se agrava simplemente la corrupción procedente, sino que se crea una nueva corrupción, aunque una y otra sean el resultado de una misma o similar oportunidad que se repite. Distinta ha de ser la solución, empero. si se trata de bienes jurídicos de "valor objetivo", cuvo valor no depende precisamente de las calidades personales de su titular sino que existe cualquiera sea la persona del titular y sus calidades. En este casi si es posible admitir, objetiva y subjetivamente, la presencia de la continuidad delictiva, porque, bajo la unidad intencional y la reiterada similitud ocasional, los actos típicos subsiguientes no harán más que agravar el injusto de los actos precedentes, intensificar el daño sin cambiarlo substancialmente.

2 de Febrero de 1978.

Magistrados: Juan Fernández Carrasquilla, Fernándo Gómez, J. Héctor Jiménez Rodríguez.

FORO HISTORICO .

Redactó esta sección: GUILLERMO VILLA ALZATE

LA MEDIDA DE SEGURIDAD EN CASO DE GRAVE ANOMALIA PSIQUICA. ALCANCE DEL ARTICULO 63 DEL CODIGO PENAL, ABONO DE LA DETENCION PREVENTIVA COMO PARTE DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD.

El proceso de "El Banderillero".

Presentamos la sentencia que en el proceso mencionado dictara el Juzgado Primero Superior de Medellín y que diera lugar a interesante polémica juridica en relación con los temas que hemos enunciado. Era titular del despacho el Dr. BERNARDO RAMIREZ GARCES, quien en la actualidad se desempeña como fiscal del Tribunal Superior de Medellin. Fue defensor del procesado el Dr. HELI MEJIA GOMEZ.

Sentencia:

JUZGADO PRIMERO SUPERIOR DE MEDELLIN

Medellin, Marzo dos de mil novecientos setenta y seis.

VISTOS:

Cumplidos los requisitos que para dictar auto de proceder exige el art. 429 del C. de P. Penal, este Juzgado, mediante providencia de diciembre trece del año próximo pasado, llamó a responder en juicio de tramitación

El objetivo de la presente sección es claro: no siempre el estudiante o el joven profesional está informado de las decisiones que en nuestro foro han existido y menos aún tiene al alcance la documentación sobre las mismas. Esta sección pretende, en cuanto sea posible, presentar algunas decisiones de trascendencia de nuestros Tribunales y mostrar la evolución jurisprudencial sobre el punto, indicando la fuente a donde el estudioso pueda ir para su consulta.

ordinaria al sindicado CARLOS ENRIQUE GARCIA GOMEZ, (a. Maravilla o El Banderillero), hijo de Pedro Pablo y Tulia Eva, natural y vecino de Medellin, soltero, de treinta y dos años de edad, mecanico dental y banderillero de toros de profesion, por los delitos de homicidio, consistentes los cargos, en haber ocasionado con arma cortante y punzante (cuchillo), en momentos en que se hailaba en estado de grave anomalia psiquica, la muerte a sus inijas naturales, Adriana Maria y Claudia Patricia García Montoya, de cuatro y medio y dos y medio años de edad, respectivamente, durante hechos que tuvieron su cumplimiento a eso de las ocno de la noche del ocho de febrero de mil novecientos sesenta y cinco, en el tercer piso de la residencia distinguida en la puerta de entrada con el 100 444233 de la nomenclatura urbana y situada en la calle 74 de esta ciudad.

Los hechos que dieron origen a la presente investigación, los narró el Despacho en su vocatorio de fls. 104 fte. y ss., de la siguiente manera:

"Carlos Enrique Garcia Gómez convivia maritalmente con Liliam de Jesús Montoya Saldarriaga desde unos cinco anos atras, lapso durante el cuai, como es de comun ocurrencia en estos casos, se presentaban divergencias entre ellos y entonces la mujer retornaba a la casa de sus pacres, mas luego, ante los ruegos del varon, volvian nuevamente a la misma vida, en la cual nabian procreaco a las niñas Adriana Maria y Claudia Patricia Garcia Montoya (a pesar de ser hijas naturales fueron bautizadas como legitimas) de cuatro y medio y dos y medio años de edad, respectivamente. En fin, en el mes de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro, Liliam de Jesús abandonó a Carlos Enrique y éste, como solia hacerlo cuando ello ocurria, se entregó a las libaciones alconólicas y a indagar por el paradero de su barragana a quien amaba ciegamente. Sólo en los primeros días de febrero de mil novecientos sesenta y cinco apareció la Montoya Saldarriaga y esto fue motivo de jubilo para Garcia Montoya (sic) quien ingenuamente pensó en que rehaceria su vida con aquella. Sin embargo, ello no fue así. Liliam de Jesús desapareció de la ciudad el día ocho del mes y año últimamente citados, y Carlos Enrique desesperado se entregó de nuevo a la ingestión de bebidas embriagantes y a hacer lo humanamente posible por localizar a la dueña de su corazón y madre de las pequeñas citadas. No pudo hallarla. Asi las cosas, a eso de las ocho de la noche de la fecha que venimos de citar, Carlos Enrique Garcia Gómez (a. Maravilla o El Banderillero) se dirigió a la casa de su progenitora, doña Tulia Gómez de Garcia, situada en la calle 74 y distinguida en la puerta de entrada con el número 44A-33 de la nomenclatura oficial de esta ciudad, donde residía en el tercer piso con sus hijas naturales Adriana Maria y Claudia Patricia, y les dio muerte violenta a éstas, causándoles lesiones con arma cortante y punzante en el cuello, para luego inferirse él, Carlos Enrique, otra herida de igual naturaleza y en la misma región, al parecer con el ánimo de eliminarse".

En efecto, si se tiene en cuenta la calificación que a los hechos les fue dada en el auto de proceder, en el sentido de que tales homicidios fueron cometidos por el sindicado García Gómez en uno de los estados que contempla el art. 29 del C. Penal, no queda duda alguna de que a éste debe aplicársele la medida de seguridad que al caso corresponde, puesto que la prueba que sirvió de fundamento al auto de llamamiento a juicio no fue desvirtuada en lo más mínimo en la etapa de la causa y resulta plena y completa en cuanto demuestra que aquél fue el autor de la muerte de sus hijas acaecida, como se sabe, en las primeras horas de la noche del ocho de febrero de mil novecientos sesenta y cinco.

No existe, pues, circunstancia alguna que releve al Juzgado de la obligación de aplicar a CARLOS ENRIQUE GARCIA GOMEZ la sanción a que se ha hecho acreedor de conformidad con las disposiciones legales pertinentes, pues ni siquiera los argumentos a que alude el distinguido defensor para impetrar su absolución, argumentos que someramente se concretaron un poco atrás, son de recibo.

En efecto, el art. 61 del C. Penal dice cuáles y que clases de medidas de seguridad son aplicables a las personas que delinquen bajo los presupuestos del art. 29 de la misma obra, y habiéndose considerado en el auto de proceder que la conducta de Garcia Gómez encajaba dentro del último dispositivo legal citado, se concluye fácilmente que es de imperiosa aplicación la medida de seguridad que la ley establece para tales casos. De allí que no sean de recibo los planteamientos formulados por el señor Defensor, pues el hecho de que él manifieste no conocer tratamiento alguno para la grave anomalia psiquica en que los señores Médicos Legistas situaron al procesado, o que ésta haya sido calificada como de carácter transitorio, no autoriza su absolución.

Se sabe, además, que uno de los fmes por los cuales se establecieron las medidas de seguridad para las personas que delinquían bajo las circunstancias del artículo 29 del C. Penal, fue el de separarlas de la sociedad por el peligro que para el conglomerado podían entrañar, fijándose para ello un mínimo de reclusión el que de allí en adelante sólo podrá cesar "...condicionalmente en virtue de decisión judicial, con audiencia del Ministerio Público y previo dictamen de peritos, que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo vuelva a causar daño...". (Art. 64 C. P.). Teniendo en cuenta lo anterior, la manifestación hecha por el Dr. Díaz López en el sentido de que García Gómez puede aún presentar un eventual peligro y la circunstancia de que todavía no ha sido examinado para los efectos del art. 64 citado, no puede tampoco aceptarse lo propuesto por el Dr. Heli Mejia Gómez en cuanto pide la absolución de su defendido, así su anomalía haya sido calificada como de carácter transitorio y a que ningún tratamiento podría aplicársele de ser internado "...en una colonia agricola especial...", pues aún no se ha dicho definitivamente que García Gómez no ofrece peligro alguno para los asociados.

Ciertamente que el Legislador al hablar de Manicomio Criminal o de Colonia Agrícola Especial pensó en la organización de establecimientos ade-

cuados para la reclusión, tratamiento y readaptación de las personas que delinquían bajo las circunstancias del art. 29 del C. Penal, pero a pesar de que se observa la inexistencia de tales establecimientos dentro de nuestro sistema Penitenciario, la misma Corte Suprema de Justicia ha definido que no se puede decretar la libertad o absolución en razón de esa circunstancia. pues "...Los jueces no pueden dejar de imponer las medidas de seguridad pretextando inconvenientes de orden práctico. De suerte que si han sido satisfechas todas las formas propias del juicio y en virtud de ellas resulta, por ejemplo, que el hecho criminoso se realizó en las circunstancias previstas en el art. 29 del nuevo Código, el juez no podría, sin incurrir en responsabilidad, abstenerse de imponer al acusado las medidas de seguridad a que es acreedor conforme a esa disposición y aplicarle, en cambio, otra clase de sanciones, o decretar su libertad, fundándose en que no existen en el país los manicomios criminales o las colonias agrícolas especiales para recibir y tratar científicamente las diferentes especies de delincuentes anormales. La construcción de tales establecimientos y la adaptación, mientras tanto, de los existentes, son preocupaciones de orden administrativo que no deben tomar para sí los encargados de impartir justicia...".

Como se ve, el conjunto de razones que acaban de exponerse son más que suficientes para concluir que la absolución del procesado no es posible por ninguno de los aspectos planteados, máxime cuando dentro de los autos existe plena prueba acerca de la materialidad del hecho y de que CARLOS ENRIQUE GARCIA GOMEZ es el autor del mismo. Esto, como es obvio, dará lugar a que se le aplique la medida de seguridad correspondiente por haberlo cometido en las circunstacias del art. 29 del C. Penal, y a dilucidar cuál de las que contempla el aparte pertinente del art. 61 de la misma obra es la que conviene al caso sometido a juzgamiento, pasa ahora el Despacho.

Antes de entrar en materia conviene citar las disposiciones perimentes con el fin de ver más claramente las conclusiones a que el Despacho ha de llegar, las que se compadecen en esta oportunidad con los planteamientos hechos por la defensa en cuanto solicita la aplicación de Colonia Agrícola Especial para su defendido, y no con los de la Fiscalía que pide la reclusión de García Gómez en un Manicomio Criminal.

Así, el art. 29 del C. Penal, dentro de cuyos presupuestos se consideró ubicada la conducta del sindicado al haberse aceptado la pericia médico-legal fruto del examen psico-somático que le fue practicado, es del tenor siguiente: "Art. 29. Cuando al tiempo de cometer el hecho, se hallare el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia, o padeciere de grave anomalia psíquica, se aplicarán las sanciones fijadas en el Capítulo II del Título II de este libro". (Las subrayas son del Despacho).

En efecto, el art. 61 del mismo dice cuáles son las medidas de seguridad aplicables a las personas que delinquen bajo las circunstancias del citado art. 29, y su texto es como sigue: "Art. 61. Son medidas de seguridad: a) Para los delincuentes a que se refiere el artículo 29: La reclusión en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial. La libertad vigilada. El trabajo obligatorio en obras o empresas públicas. La prohibición de concurrir a determinados lugares públicos...". (Las subre yas no son del texto).

Si se estudia con detenimiento el contenido de todo el capitulo correspondiente a Medidas de Seguridad, más parece que las únicas sanciones que tienen el carácter de principales son el manicomio criminal y la colonia agricola especial, pues las demás apenas si pueden aplicarse como accesorias, salvo el evento del art. 68 en que la libertad vigilada se impone como principal en caso de contravenciones. Pero si se observa en qué oportunidades deben aplicarse las sanciones principales comentadas, la Ley sólo se refiere en su artículo 63 al manicomio criminal, dejando por fuera lo referente a la colonia agrícola especial, pues sobre el punto suarda un silencio inexplicable. El tenor del citado art. 63 es el siguiente:

"Art. 63. El manicomio criminal se destina para recluir a los alienzdos que cometan delitos para los cuales se señalan penas de presidio, o cuyo estado los haga especialmente peligrosos". (Las subrayas son del Despacho).

En este orden de ideas, sólo el alienado puede ser recluido en el manicomio criminal cuando cometa delitos para "los cuales se señalan penas de presidio" o cuando no teniendo señalada dicha pena en el supuesto de que fueran normales, su "estado los haga especialmente peligrosos". De lo anterior se concluye que quien no resulte ser un alienado en el sentido natural y obvio de la palabra, no puede ser recluido en un manicomio criminal cualquiera sea la pena señalada para el delito que cometa o la gravedad del mismo. Así las cosas, como la Ley guarda silencio en cuanto a los casos en que debe aplicarse la relegación a colonia agrícola especial, debe entenderse que la reclusión de los alienados en el manicomio criminal es exclusiva para ellos,

Y se ha hecho el anterior planteamiento, porque precisamente Carlos Enrique García Gómez no fue situado por los señores Médicos dentro de la categoría de alienados de que iraia el art. 29 del C. Penal, pues de él dijeron que padecía una grave anomalía del paiquismo, de carácter transitorio. (Fls. 102).

Si así fueron las cosas, ello lo sitúa por fuera de la aplicación del art. 63 del C. Penal y de la medida de seguridad allí contemplada ya que, como se habrá de ver a continuación, un anómalo psíquico no es un alienado.

Aunque algunos han hablado de redundancia en el art. 29 del C. Penai por haberse incluido dentro del mismo la "grave anomalía psíquica" cuando ya se había expresado allí lo relativo al estado de "enajenación mental", no puede perderse de vista que la Medicina Legal, y más concretamente "La Psiquiatría Forense", han despejado la posible confusión hasta el punto de comprender dentro de la citada disposición tres estados de enfermedades de

la mente, asi: "Enajenación mental propiamente dicha; intoxicación crónica producida por el alcohol o cualquier otra sustancia; y grave anomalia psiquica, que comprende o abarca la zona de estados intermedios o fronterizos entre la enajenación mental —locura— y la normalidad absoluta, estados que se caracterizan por deficiencias mentales o síguicas".

Así las cosas, a pesar de esa aparente redundancia a que aluden algunos, la interpretación del art. 29 del C. Penal no puede ser otra que la que acaba de anotarse, pues según los artículos 28 y 29 del Código Civil "las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras" y "las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte", que es lo que precisamente se está haciendo en el evento de autos.

Considerado así el asunto, debe concluirse que dentro de la interpretación del art. 29 del C. Penal no es lo mismo un enajenado mental que un anómalo psíquico, y de allí que no sea posible recluir a CARLOS ENRIQUE GARCIA GOMEZ en un manicomio criminal, como pasará a verse más concretamente a continuación:

Dentro de la diligencia de audiencia fue interrogado el Perito Dr. Germán Díaz López sobre el punto planteado, es decir, acerca de la diferencia existente entre enajenación mental y anomalía psíquica, y contestó:

"El antiguo C. Penal, inspirado en la escuela clásica, sólo comprendia a los llamados alienados, palabra que en castellano se refiere a los locos para ser corto y claro; dentro del estatuto penal actual el art. 29 del C. Penal comprendió a los delincuentes afectados de grave anomalía psíquica y a los que delinquen en estado de enajenación mental, lo que a simple vista podria aparecer como una redundancia; pero el Logislador quiso señalar dentro del término enajenación mental a los individuos que pudiéramos llamar manicomiables, es decir a quienes por razón de un trastorno de la mente, permanente o transitorio, es necesario recluir en un frenocomio, para protegerlos contra si mismos, y para proteger a los asociados; así por ejemplo, un individuo con una mania aguda, un esquizofrénico delirante o catatónico, es un enajenado mental, y su reclusión en un centro de vigilancia y tratamiento se impone, so pena de que mate alguno en la calle, cause daños contra las cosas o se suicide; mientras que un anómalo psiquico grave, siendo igualmente un desequilibrado de la mente, no delinque sino en circunstancias especiales, y más aun, si no media un estímulo directo, no delinque, y en nuestro medio social abundan o abundamos los anómalos psíquicos graves. Por ejemplo, nada se ganaria con internar a Magija (sic) no obstante ser un oligofrénico de tipo imbécil, porque localmente todos sabemos que es inofensivo; pero el mísmo Magija no estaría excento de delinquir ante una crisis de cólera, un estado de embriaguez aguda o una exaltación del apetito sexual. Resumiendo, el anomalo psiquico grave suele ser un desequilibrado mental que muchas veces no llega a tener contactos con el C. Penal, y por consiguiente si no eixste un estímulo que lo provoque, no incurre en el delito, no obstante que se encuentre dentro del medio social, mientras que el enajenado mental está en inminencia de incurrir en seciones antisociales autómatas e inconscientes. Ese es, a nuestro modo de ver, la interpretación médico-legal de lo previsto por el art. 29 del C. Penal en cuanto se refiere a la grave anomalía del psiquismo y al estado de enajenación mental. En general, el alienado es individuo mánicomiable, o sea susceptible de reclusión en un frenocomio; mientras que el anómalo psíquico grave es un desequilibrado mental, en quien se descubre su trastorno bien sea estudiándolo o cuando delinque y se solicita igualmente una exploración de su personalidad, sin negar naturalmente que un enajenado mental por tratrase de un grado más avanzado de alteración de sus facultades psiquicas, también es un anómalo psíquico grave. Un anómalo psíquico no es siempre un enajenado mental, y que el procesado García no es un enajenado mental, ni un alienado". (Las subrayas son del Despacho).

Como se ve, de la anterior transcripción resulta aún más clara la diferencia existente entre enajenados mentales y anómalos psíquicos, de donde se concluye, que haciendo caso omiso de cualquier otro aspecto y sólo teniendo en cuenta el que se anota, el manicomio criminal de que trata el art. 63 del C. Penal únicamente se puede aplicar como medida de seguridad a los enajenados mentales en los casos atrás comentados, pero en manera alguna a los anómalos psíquicos puesto que no quedaron incluidos dentro de la precitada disposición.

Pero ocurre, que aunque la Ley no haya dicho expresamente qué clase de medida de seguridad, con el carácter de principal, debe imponerse a aquellos que en las circunstancias del art. 29 delinquen bajo el influjo de una grave anomalia psiquica, tiene que entenderse que es la colonia agrícola especial, y ello se deduce del contenido del art. 61 antes transcrito, que dice así: "Art. 61. "Son medidas de seguridad: a). Para los delincuentes a que se refiere el art. 29: La reclusión en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial". Y se deduce lo anterior, porque si el manicomio criminal está expresamente reservado en el art. 63 para los alienados mentales, es lógico que la colonia agrícola especial debe imponerse a los anómalos psíquicos puesto que éstos también forman parte, aunque ya en otra categoría como se vió, de "...los delincuentes a que se refiere el art. 29...".

No queda duda, pues, de que entendido el asunto por el aspecto que acaba de plantearse, CARLOS ENRIQUE GARCIA GOMEZ debe ser relegado a una colonia agricola especial por el período mínimo de un año, tal como lo indica el art. 64 de la obra que se viene de citar, medida que durará indefinidamente en tanto que con base en la misma disposición los peritos médicos digan que ha dejado de ser peligroso para la sociedad, lo que se compadece con la gravedad del hecho a él imputado y con el peligro que aún puede ofrecer según lo manifiesta el señor Fiscal.

Pero aún hay argumentos de mayor estructuración jurídica para llegar a la misma conclusión que se ha planteado, y ellos son los que se relacionan

con el estudio de las Actas de la Comisión Redactora del Código, la Jurisprudencia y la Doctrina.

En cuanto al punto que se viene analizando es necesario reconocer que la Ley no es lo suficientemente clara y precisa al respecto. Mas cuando esto ocurre es necesario interpretarla y una de las bases para ello nos la trae el art. 27 del C. Civil, cuyo tenor es el siguiente:

"Art. 27. Cuando el sentido de la ley sea claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espiritu. Pero bien se puede para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella-misma o en la historia de su establecimiento". (Las subrayas son del Juzgado).

Precisamente lo anterior es lo que el Despacho va a hacer, como lo hizo el señor Defensor en su alegato de conclusión, y así habrá de analizar algunos de los aspectos contenidos en las Actas de la Comisión Redactora del Código Penal que pueden arrojar luz sobre el problema planteado.

En efecto, cuando se estaba elaborando el articulado correspondiente a las sanciones que habrian de denominarse "Medidas de Seguridad" el Dr. Lozano, después de determinar las mismas, sometió a la consideración de los restantes miembros de la comisión los siguientes artículos:

"Artículo: El manicomio crimnal se destina para custodiar a los alienados que hayan cometido delitos reprimidos ordinariamente con la pena de presidio, o cuyo estado los haga muy peligrosos".

"Arlículo: La colonia agrícola especial se destina para custodiar a los que hayan cometido delitos reprimidos ordinariamente con pena distinta a la de presidio y cuyo estado no los hasa muy peligrosos. A ella serán conducidos preferentemente los alcoholizados y toxicómanos". (Acta número 85).

La interpretación del primer artículo —que es el que dentro de nuestro Código Penal figura con el número 63— resulta sencilla, pues debe entenderse que el manicomio crimnal será para los alienados cuyo delito esté reprimido con pena de presidio, o que no estándolo con tal pena, fueren muy peligrosos dada la gravedad de su enfermedad.

El segundo de los artículos citados, que habla de la colonia agrícola especial y que utiliza el vocablo "a los que", da lugar con ello ,o habría dado lugar, de haber quedado incluido dentro de nuestro Código Penal, a que esta medida se aplicara a los alienados cuyo delito no estuviera reprimdio con pena de presidio y "cuyo estado no los haga muy peligrosos", a los anómalos psíquicos, a los alcohólicos y a los toxicómanos en idénticas circunstancias. Sinembargo de la aparente claridad, se habría podido pensar si a los anómalos psíquicos, a los alcohólicos y a los toxicómanos, cuyos delitos estuvieran reprimidos con penas de presidio, se les hubiera tenido que aplicar en casos ma-

nicomio criminal en atención a que la clase de pena a imponer jugaba papel tan importante en el asunto propuesto.

Pero ocurre que tales artículos, al ser aprobados definitivamente por la comisión para pasarlos a la consider ción del Congreso, quedaron redactados en forma distinta, especialmente el segundo, como a continuación se verá:

"Artículo 69. El manicomio criminal se destina para segregar a los alienados que cometan delitos para los cuales se señalan penas de presidio, o cuyo estado los haga muy peligrosos".

"Artículo 70. La colonia agrícola especial se destina para segregar a los alienados que cometan delitos para los cuales se señala pena distinta a la de presido, o cuyo estado no los haga muy peligrosos". (Acta número 92).

Como claramente puede verse, este segundo artículo, o sea el distinguido con el número 70, emplea ya la palabra "alienados" en lugar del vocablo "a los que" que utilizaba el anteriormente transcrito, con lo que desaparece la posibilidad antes planteada en el sentido de que a los anómalos psíquicos, a los alcohólicos y a los toxicómanos cuyos delitos estuvieran reprimidos con presidio en el supuesto de que se les considerara normales, hubiera tenido que aplicárseles manicomio criminal en atención a que la clase de pena a imponer jugaba tan importente papel, ye que dicho artículo al emplear el citado vocablo "a los que" englobaba a todas las personas que delinquían bajo los presupuestos del art. 29 del C. Penal.

Esa posible interpretación desapareció, como ya se dijo, cuando la redacción definitiva del articulado circunscribió el problema únicamente a los alienados y si se tiene en cuenta, como justamente lo anota el señor Defensor, que el citado artículo 70 a pesar de haber sido aprobado por la Comisión no quedó incluido dentro de nuestro Código Penal, resulta más claro el asunto, pues del texto del art. 63 del C. P. sólo puede deducirse que el manicomio criminal es únicamente para los alienados y no para los anómalos psíquicos, lo que se compadece con otros de los puntos analizados atrás y dentro de esta misma providencia.

En tales condiciones, el Despacho comparte la tesis plante ada por el Dr. Mejia Gómez en su alegato de conclusión, en el sentido de "...que la colonia agricola especial si puede y debe aplicarse a los delincuentes a que se refiere el art. 29 del C. Penal, así el delito cometido acarree para un delincuente no anormal pena de presidio, siempre y cuando la persona que lo ejecute no sea un alienado. ", pues al haber quedado reservado expresamente en el art. 63 el manicomio criminal para los alienados, es lógico concluir que la colonia agrícola especial a que alude el art. 61 del C. Penal debe aplicarse a los anómalos psíquicos que también forman parte, como se definió atrás, de "los delincuentes a que se refiere el art. 29...". Y si nos detenemos a pensar en los planteamientos hechos, no importa para el caso el que el delito cometido por CARLOS ENRIQUE GOMEZ TUVIERA SEÑA-

LADA PENA DE PRESIDIO en el evento de haber sido ejecutado por una persona normal. Aún así, la medida de seguridad aplicable al evento de autos no es otra que la relegación del sindicado a una colonia agrícola especial.

Mas para abundar en claridad cón respecto al punto que se ha venido estudiando, el Dr. Antonio Vicente Arenas, que debió haberse hecho las mismas consideraciones que atrás se anotaron, trae en su obra "DERECHO PENAL COLOMBIANO" las conclusiones siguientes:

"El manicomio criminal se aplica: a). A los alienados que cometan delitos para los cuales se haya señalado pena de presidio, y b). A los alienados especialmente peligrosos, cualquiera que sea la pena señalada para el delito (Art. 63)". . . . "En consecuencia el manicomio criminal es exclusivo para los alienados o enajenados mentales. Nunca se puede imponer esta medida a los del ncuentes que padecen grave anomalía psíquica o de intoxicación crónica producida por el alcohol u otra sustancia, pero no es forzoso llevar siempre a los alienados a manicomios criminales, como lo veremos enseguida.

"La colonia agrícola especial se aplica: a) A los alienados mentales que cometan delitos para los cuales se haya señalado pena distinta a la de presidio (a menos que su estado "los haga muy peligrosos" como lo dispone el artículo 63); b). A los demás anormales de que trata el artículo 29 o sea a los que padecen grave anomalia psíquica o de intoxicación crónica producida por el alcohol u otra sustancia, sin perjuicio de que se les imponga una medida de seguridad diferente (menos la de manicomio criminal)". (Las subrayas son del Despacho).

Sobre el mismo tema es el siguiente aparte del Dr. Luís Eduardo Mesa Velásquez en su obra "LECCIONES DE DERECHO PENAL", y a él alude la Fiscalía en fls. 149 de autos:

"La Ley no dice en qué casos debe el Juez aplicar la medida de reclusión en una Colonia Agrícola Especia!, como tampoco menciona las situaciones en que procede la libertad vigilada o el trabajo en obras o empresas públicas. La elección de la medida se deja al prudente criterio del fallador. Fuera del evento del articulo 63, en que es forzosa la reclusión en un manicomio criminal, el juzgador está en libertad para elegir la medida de seguridad aplicable al procesado".

El anterior planteamiento hecho por tan distinguido Profesor de Derecho Penal respalda plenamente las conclusiones anotadas por el Despacho un poco atrás, pues esa libertad en la escogencia de la medida de seguridad aplicable al anómalo psíquico está limitada precisamente por el art. 63 del C. Penal, de donde resulta que la Colonia Argícola Especial es la adecuada al caso de autos.

En respaldo de las tesis que se han venido sosteniendo resulta clara la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia que cita el señor Defensor en su alegato de conclusión, jurisprudencia que el Juzgado se abstiene de transcribir en gracia de una mayor brevedad, pero que si puede verse a fls. 155 y 156 de autos.

Así las cosas, todos los argumentos expuestos son más que suficientes para que el Despacho siga considerando que la medida aplicable a CARLOS ENRIQUE GARCIA GOMEZ como imputado de los delitos de homicidio cometidos en la persona de sus hijas menores, no es otra que la relegación a una Colonia Agrícola Especial, así le inspiren profundo respeto los argumentos que en sentido contrario expuso el señor Fiscal cuando tuvo la oportunidad para hacerlo. Tal relegación, de conformidad con el art. 64 del C. Penal, tendrá la duración mínima de UN AÑO y sólo podrá cesar, al tenor del mismo presupuesto legal y del art. 647 del C. de P. P., cuando los peritos médicos "...declaren desaparesido el pel gre..." que CARLOS ENRIQUE GARCIA GOMEZ pueda representar para la sociedad. En tales condiciones, la determinación a tomar evidentemente consulta los sagrados intereses de la Justicia y a su vez se compadece con aquellos que representa y defiende con lujo de competencia el señor Agente del Ministerio Público, Doctor Edgar Tobón Uribe.

FALLA:

1) CONDENASE A CARLOS ENRIQUE GARCIA GOMEZ, de las condiciones civiles anotadas en la parte motiva de esta providencia, como autor de los delitos de homicidio cometidos en la persona de sus hijas ADRIANA MARIA y CLAUDIA PATRICIA GARCIA MONTOYA (así figuran en las correspondientes actas de nacimiento), A LA RECLUSION EN UNA COLONIA AGRICOLA ESPECIAL POR UN TIEMPO NO MENOR DE UN AÑO. medida de seguridad que en su duración queda condicionada a lo prescrito por los artículos 64 del C. Penal y 647 del C. de P. Penal. Se le condena, además, a la confiscación del arma con que cometió el delito y a pagar a quien corresponda según la Ley, los perjuicios causados con el mismo".

En consulta la sentencia, el Tribunal Superior de Medellín condenó al sindicado a Colonia Agricola por un tiempo no inferior a cuatro años y "sin que antes proceda la aplicación del art. 647 del C. de P. Penal". (Se refiere el Tribunal al Código de Procedimiento Penal de 1938). Veamos algunos apartes de la sentencia del Tribunal, con fecha 8 de junio de 1966:

"Se impone, de consiguiente, la aplicación de la medida de seguridad.

Cuál de éstas es la pertinente, colonia agricola cuya reclusión es por un tiempo no inferior a un año, o manicomio criminal, no inferior a dos?

Sobre el particular se ha suscitado controversia entre las partes. En agente del Ministerio Público de la primera instancia ha sostenido que debe

ser internamiento en manicomio criminal, al paso que el defensor del procesado propugna por una colonia agrícola, ambos con prolijos estudios en sustentación de sus tesis.

El señor Juez a quó ha acogido esta última colonia agricola en un estudio severo y profundo del punto en discusión realizado en orden a buscar la recta interpretación de esas disposiciones que gobiernan las medidas de seguridad, el cual, leído y pesado con atención por la sala, no puede menos que atenderse, identificada como se halla con las conclusiones que se adoptan no solo teniendo en cuenta los antecedentes en la comisión redactora del Código Penal sino los criterios uniformes de varios tratadistas y aún de la misma H. Corte Suprema de Justicia en fallos de concreta aplicación.

Todo este acertado y espacioso examen releva al Tribunal de entrar en una nueva discriminación, ya que sería inútil producirla cuando se arriba a una plena conformidad...

De consiguiente, de acuerdo con lo anterior, es procedente la medida de reclusión en colonia agricola, de García Gómez, que se ha decretado en aplicar como tal.

Empero, cabe aludir ahora a la dilucidación de otro problema que se presenta y es el relativo a estimar cuál es el límite inferior a que debe sujetarse la medida de seguridad en su duración. O sea, si el Juez está obligado a apuntar los mínimos señalados en el articulo 64 del Código Penal de dos años en el manicomio criminal o de uno en la colonia agrícola, o bien puede dentro de la facultad que le da la ley de individualizar la sanción imponer una medida superior a tales mínimos determinando libremente la duración mínima respectiva aunque no la máxima que carece de limitación.

A este respecto el defensor del acusado se ha pronunciado por la imposibilidad en que se encuentra el Juzgado para señalar un tiempo superior a aquellos limites minimos considerando que en los procesos que se adelantan contra las personas a que se refiere el art. 29 del Código Penal no tiene operancia el art. 36 del mismo que autoriza la regulación de la sanción atendiendo a la personalidad del procesado a la gravedad del hecho y a los motivos determinantes, porque, según dice, "este artículo habla de límites en plural, esto es. de un tope minimo y de un limite máximo, cosa que no acontece respecto de las medidas de seguridad, que tienen el tope mínimo, pero que, por razones obvias, no tienen ni pueden tener límite máximo, supuesto que, como lo establece el art. 64 del C. Penal, la reclusión no podrá cesar sino cuando peritos médicos declaren desaparecido el peligro de que el enfermo vuelva a causar daño".

Al respecto advierte que aún en el caso de que se entre a determinar un tiempo mayor a los previstos por los mínimos del art. 64 mencionado, en la práctica ello resultaria innocuo porque frente a las previsiones del art. 647 del C. de Procedimiento Penal, obteniendo el concepto de la cesación de la peligrosidad del procesado, ese mismo funcionario se vería en la obligación legal de decretar la cesación de la reclusión ordenando la liberación condicional.

Aunque a primera vista estos planteamientos ostentan una base de legalidad, en realidad no tienen la significación suficiente para producir un criterio directivo predominante en la aplicación de las medidas se seguridad.

Cuando el Código Penal en el art. 36 se refiere a la imposición de la sanción al delincuente teniendo en cuenta la gravedad del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor y menor peligrosidad que lo acompañan y la personalidad del agente, verdaderamente no está haciendo distinción entre penas y medidas de seguridad, pues con el vocablo empleado, sanción, en su condición genérica, cobija tento unas como otras, hasta el punto de que el título II del libro 1º indicado con ese rubro, se descompone en penas para los mayores de 18 años en el capítulo 1º y medidas de seguridad, para los delincuentes del art. 29 en el capítulo 2º.

Si bien estas últimas no corresponden a un estricto carácter penal, no obstante siempre envuelven una condición represiva, comoquiera que implican el aislamiento del delincuente de la sociedad en castigo por así decirlo a su demostrada peligrosidad, así se tienda a buscar prácticamente su recuperación con tratamientos dirigidos a extraerlo de su condición de anormal, finalidad ésta que no deja de coincidir con el concepto de rehabilitación que domina el actual régimen de la penalidad.

Y bajo ese aspecto, a pesar de que hable de medida de seguridad, ella representa una especie de sanción que como tal obliga al Juez a dosificarla con arreglo a aquella particular facultad de regulación.

En segundo lugar, se observa que para efectuar tal valoración el fallador ha de moverse dentro de los limites señalados por la ley.

Cuáles son estos? Ellos no son otros que los que surgen: "del hecho con todas sus circunstancias, como están descritas en el Código; las sanciones correspondientes a cada hecho en sus particulares circunstancias; la clase de delincuentes; las circunstancias de mayor y menor peligrosidad; y, la personalidad del agente", puntualiza el Dr. Agustín Gómez Prada en su obra Derecho Penal.

Y agrega el mismo autor: "No se puede, por tanto, señalar la sanción para un delito al capricho del juez, sino la marcada en la misma ley para el heche, en sus circunstancias constitutivas; modificadoras y peculiares; ni una pena privativa de la libertad para un anormal o un menor, ni una medida de seguridad para un sujeto normal y mayor de 18 años; ni las circunstancias de mayor peligrosidad, ni siquiera las de menor, pueden indicarse al capricho sino tomar las demostradas; ni la personalidad tampoco se puede deducir al antojo, sino de las pruebas que el funcionario está obligado a practicar o a hacer practicar: y, en fin, sólo cuando las condiciones y el procedi-

miento que la ley sustantiva y adjetiva señalan, es cuando cabe hacer la determinación de las sanciones correspondientes al delito y al delincuente.

Y advierte: "Uno de los límites más destacados es el del máximo y el mínimo de las sanciones que, como se deja visto, no es el único. Y aún este no es absoluto, que a veces sufre cambios... y en las medidas de seguridad no tiene tiempo fijo en el máximo, sino indeterminado, dada la naturaleza de tales medidas".

Por tanto, en tratándose de los delincuentes normales, es obvio que las disposiciones positivas indican un máximo y un mínimo dentro de los cuales cabe imponer la penalidad, vistos los factores que tienden a regularla (arts. 36, 37, 38 y 40) y que de acuerdo con el art. 39 del Código sujetan a aplicar el máximo cuando sólo existen circunstancias de mayor peligrosidad y el mínimo cuando únicamente operan las de menor. Es este el campo que la ley le asigna al Juez para producir la individualización de la sanción, entendiéndose, claro está, que los extremos que condicionan esos límites están constituídos por las rebajas o aumentos que las demás disposiciones autorizan para computar circunstancias inodificadoras de responsabilidad en sentido favorable o de elevación por agravación de condiciones calificadoras.

En tal virtud esos limites se respetan sin bajar del tope inferior ni superar el tiempo señalado como de mayor penalidad.

No hay problema, ni reparo que se ofrezca en este punto para medir en tal forma la sanción,

El mismo criterio debe seguirse para las medidas de seguridad? La respuesta en sentir de la Sala es afirmativa en atención a lo dicho y también a lo siguiente:

El art. 64 del C. Penal al disponer la reclusión no en el manicomio criminal, o en la colonia agrícola por un tiempo no menor de dos años en el primero y de un año en la segunda, para los delincuentes de que trata el art. 29 del mismo, como sanción específica, medida de seguridad, que habrá de subsistir hasta que el enfermo deje de ser un peligro para la sociedad, también está indicando un espacio dentro del cual puede moverse el fallador para determinarla. O sea, que la medida no puede bajar de dos y un año respectivamente pero que sí puede irse hasta su perduración en el tiempo. Al Juez le está vedado descender de tales limites pero no se le prohibe superarlos con aumentos. Bien puede elevarlos y ello le corresponde hacer al calificar la delincuencia, atendida la personalidad del anormal, la gravedad del hecho y todos los demás factores que circunscriben su peligrosidad, considerando que ésta no puede cesar en un tiempo inferior al que señala como base.

Ello es lo lógico, porque precisamente como funcionario al que se le atribuye el papel de impartidor de justicia, es el llamado a concretar la

medida que debe corresponder a tal delincuencia y eso no podría hacerlo si se le quitara la facultad de graduarla adecuadamente.

Entonces, cuando se menciona en el aludido artículo 36 los límites de la sanción, éstos en tratándose de medidas de seguridad no son otros que las mismas regulaciones que presiden la penalidad con la sola diferencia de la indeterminación en el máximo. Por encima de dos años en manicomio criminal y de uno en colonia agrícola tiene ámbito para fluctuar el juzgador y por ello no se halla imposibilitado para fijar una reclusión mayoz.

Con tode, se ha dicho que como el art. 64? del C. de P. Penal reglamenta la forma como se procede a la cesación condicional de la medida de seguridad, indicando que ello puede ocurrir al transcurrir el tiempo mínimo de duración de aquella reclusión, señalada en el Código Penal, con esto se ha entendido que precisamente los mínimos que únicamente puede imponer el Juez son esos del art. 64 de este estatuto.

En verdad aquel art. 647 del C. Procesal hace referencia a un tiempo mínimo, pero no se circunscribe allí propiamente al contemplado en el art. 64 del C. Penal, sino que expresa muy claramente "fijado en el Código Penal" aludiendo así de manera general al conjunto del mismo, y de acuerdo con éste en sus armónicas disposiciones los mínimos que señala no son otros que los que concreta el Juez con arreglo a las mismas normas sin bajar de aquellos extremos, atendiendo a los motivos que rigen la graduación.

O sea, que tal tiempo mínimo no es propiamente el del art. 64.

Tal es la interpretación que más se compadece con los dictados del C. Penal, según las reflexiones que el autorizado tratadista, Dr. Angel Martín Vásquez trae en su obra de Derecho Penal, al formularse los siguientes interrogantes:

"Al decir el art. 647 del Código Procesal Penal que transcurrido el tiempo mínimo de reclusión fijado en el Código Penal, mediante los requisitos allí establecidos, puede el condenado a medidas de seguridad, socilitar la cesación condicional de la reclusión, no deberá entenderse que hace referencia al estatuto en forma global, es decir, a la técnica que esta misma obra determina para señalar la sanción al delincuente dentro de las penalidades que individualizan a cada una de ellas, siguiendo las normas que en el Código se fijan? Por qué habrá de sacarse de esta individualización a los delincuentes anormales, que son los más peligrosos precisamente? Qué razón hay para sustraerlos de las reglas que gobiernan los principios a que está sujeta la imposición de las penas, sólo porque se les aplican medidas de seguridad? Si asi fuese, por qué el Código Procesal Penal, en aquella disposición, no dijo simplemente que transcurrido el tiempo mínimo señalado en el art. 64, podría conseguirse la liberación condicional del anormal, en lugar de hacer mención expresa del Código Penal, como punto de referencia para

señalar al Juez en donde debia inspirar su criterio, al determinar la sanción? Por qué en el caso de las medidas de seguridad no rige el relativo arbitrio que la ley otorga para la imposición de las penas?

Y continúa el mismo autor:

"Interrogantes son estos que no tienen respuesta adecuada, y que servirán para constituir motivo de controversia para aceptar sin dificultad un criterio que no los tiene en cuenta, sobre una cuestión que por su indole propia, no puede permanecer ajena a aplicaciones acomodaticias que escapan a la fisonomia de un Código inspirado en la doctrina de la responsabilidad legal, y, consecuencialmente en el principio de igualar en la sancionabilidad a todos los delincuentes, sean sanos o enfermos de la mente, como fue dicho sin sombra de eufemismo en la propia exposición de motivos de sus redactores.

En todo caso, el art. 647 citado, parece no dar origen a argumento alguno capaz de establecer la interpretación que se busca tendiente a demostrar la tesis de que sólo el mínimo del art. 64 del Código Penal puede señalarse a los delincuentes anormales, cuando se les sanciona con medidas de seguridad, recluyéndolos en un manicomio criminal o en una coloma agrícola especial, con dos y un año respectivamente. Debió decir aquella disposición adjetiva: "transcurrido el tiempo mínimo fijado en la sentencia", o, al menos, "en el art. 64 del Código Penal". No lo hizo así para emplear una expresión más vaga y lata: "fijado en el Código Penal"; y de alli la controversia que pretende arrebatar al juez la facultad discrecional o arbitral de señalar la sanción, dentro de las normas que rigen la apreciación en cada caso particular de las circunstancias de mayor y menor peligrosidad, que autoriza el funcionamiento de los medios técnicos que aquella obra contiene en orden al principio de individualización, de conformidad con las normas generales". (D. Penal Colombiano, págs. 271 y ss.).

De consiguiente, la Sala se inclina hacia la tesis de ejercitar la correspondiente facultad de regulación.

Y es que no pueden situarse en un mismo plano de peligrosidad a quien delinque en un estado de grave anomalía psíquica y causa o tiene la propensión a inferir un simple daño y el que con acariciamiento de una idea criminal llega a la eliminación de una o dos vidas, para considerar que a ambos se les debe aplicar automáticamente un mismo mínimo de medida de seguridad.

Si el Juez estuviera determinado a obrar tan ciegamente, sobraría prácticamente la producción de un fallo con motivaciones pertinentes a medición alguna. El Juzgador se vería abocado a que por ministerio de la ley los mínimos imperaran sin una decisión fundamental, o se convertiría en un aplicador maquinal y sin autonomía del texto rigorista de la ley, cosa que no puede ni debe ocurrir.

Como bien se sabe, para catalogar a un delincuente como anormal que consumó el hecho infraccional dentro de los lindes del art. 29 del C. Penal, el juez se ve precisado a acudir al dictamen de peritos médicos especializados en medicina legal y psiquiatría, para que con sus conocimientos científicos y la exploración psico-somática del agente delictivo, le ilustren, acrediten y atestigüen en su colaboración, sobre la existencia de ese verdadero estado de anormalidad mental en que se delinquió.

Los informes y dictámenes de los expertos constituyen un acopio de conocimientos que deben ser valorados por el Juzgador, bien sea para aceptarlos o desecharlos, según su fundamentación. En una palabra es al Juez a quien compete apreciar, justipreciarlos, y es claro que en esa labor de confrontación y análisis precisamente le es dado descubrir la particular peligrosidad del sujeto, vistos los datos e indices que la denuncian y que tienen asiento en el respectivo proceso.

Entonces si de acuerdo con esto el fallador encuentra que esos datos periciales, sus conclusiones y precisiones, le presentan a un procesado que por la gravedad del Echo que cometió, el estímulo que lo llevó al delito y su personalidad, exhibe una latente y señalada peligrosidad, indefectiblemente quien está llamado a apreciar y pesar todas esas circunstancias, no puede menos que dosificar la sanción que como medida de seguridad para defensa de la sociedad cabe imponer.

No se requiere auscultar mucho este proceso para adivinar la particular gravedad del caso, basta estimar que se trata de un doble homicidio, cometido por un padre en dos de sus pequeñas hijas ignorantes de la tragedia que se cumplía en el plano afectivo del progenitor; que éste, como se anotó, atrás, con antelación cultivó el designio de matarlas y que fue el escape o abandono de su concubina el único motivo para la materialización de la acción, lo que obligadamente lleva a individualizar con arreglo a ello la correspondiente medida de seguridad que le cabe al responsable de reclusión en colonia agrícola

Durante la audiencia pública compareció el perito que examinó y dio dictamen sobre el estado de anomalía psíquica del procesado. En esa oportunidad fue muy categórico el facultativo Dr. Germán Díaz López, en decir que se requeria más tiempo de observación para poder afirmar que ha cesado la peligrosidad de aquel, tanto más que el factor que originó ese estado no ha desaparecido, o sea, su amor erótico-sentimental hacia la señora Liliam Montoya, cuya última entrevista con ella data de tres meses. Y ess concepto lo dio precisamente el 11 de febrero último, o sea, unos días del año de reclusión del acusado en la cárcel. Textualmente el perito dijo: "No estamos autorizados para decir que en tan corto tiempo de separación, como el actual, su peligrosidad social haya cesado, y que puede ser reintegrado entre los ciudadanos, sin que ofrezca peligro alguno de causar daño, por ejemplo cuando encuentre a Liliam viviendo con otro hombre" y agrega:

"Expresamos que el sostenimiento de relaciones amorosas entre el señor García y su antigua amante compromete grandemente la cesación de su peligrosidad, puesto que ese amor y los desengaños amorosos que hubo entre ambos, fueron el origen de la tragedia...". (fs. 123 y ss.).

Es evidente, según se puede apreciar, que los médicos exigen un período mayor del año de observación, más dilatado en el tiempo, para poder dictaminar sobre la cesación de la peligrosidad, dada la causa que impulsó la acción homicida. Y como está latente esa peligrosidad, ya que ante el menor estímulo se puede exaltar debido a la supervivencia de la persona que hubo de objetivizarla, es obvio que para la consideración de la cesación se requiere un distanciamiento de más entidad y significación de la fecha del delito hacia adelante.

Esto lleva a la Sala a estimar que, atendidas todas las circunstancias expuestas, es pertinente fijar un prudente lapso antes del cual no es adecuadamente posible determinar la cesación de la peligrosidad. Ese tiempo se considera que no debe ser inferior a cuatro años.

Por ello se modificará el fallo del a quo en ese sentido.

Para el efecto se hace la advertencia de que sólo cuando transcurra ese tíempo mínimo podrá suscitarse el incidente de cesación y que no cabe arguir que el fallo habrá de tener inoperancia, porque sus determinaciones obligan a la ejecución y si en él se concreta con fundamento en los elementos de juicio del proceso, que antes de señal do tiempo no puede procurarse la recuperación, menos podría en un incidente reconocerse por el mismo fallador lo contrario.

Sólo resta agregar que este criterio ya ha sido aplicado en ocasiones anteriores. Este mismo Tribunal en fallo de 7 de marzo de 1955 impuso una reclusión no menor de tres años en colonia agrícola especial a un individuo que delinquió en estado de grave anomalia psíquica. (C. J. Nº 290). Y la H. Corte Suprema de Justicia en fallo de 4 de abril de 1941 impuso un tiempo no menor de cuatro años a otro procesado, (G. J. Nº 1971-1972 págs. 309 y ss.) de reclusión en colonia agricola especial.

En éste se dijo: "Sólo es dable, pues, determinar el mínimo imponible que, para el caso concreto ... en manera alguna podría coincidir con el mínimo de un año consentido por la ley, si se tiene en cuenta la gravedad del hecho delictuoso y las circunstancias que lo acompañaron".

En atención a lo expuesto, de acuerdo en parte con el concepto de su colaborador Fiscal, el Tribunal Superior, en Sala de Decisión Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia de fecha y procedencia indicadas con la REFORMA de que la medida de seguridad de reclusión en una colonia agrícola especial

que se le impone al procesado CARLOS ENRIQUE GARCIA GOMEZ no será inferior a cuatro años sin que antes proceda la aplicación del art. 647 del C. de P. Penal. En lo demás rige el fallo revisado.

COPIESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

Aurelio Valencia Sierra

Luis Javier Velásquez

Jairo Villa Vieira

Emilio Montoya M.

(Secretario)".

El Tribunal tomó como antecedente para su decisión la Providencia del mismo de Marzo 7 de 1955 de la que fuera ponente el Dr. BERNARDO BOTERO MEJIA, en un caso de embriaguez patológica, considerada como grave anomalia psíquica, y en la que aplicó 3 años de relegación a colonia (1).

El Tribunal condenó, pues, a reclusión en una Colonia Agrícola por un tiempo no menor de cuatro años. El proceso fue a la Corte Suprema de Justicia, ya que se interpuso el recurso de Casación, sustentado por el Dr. GUSTAVO RENDON GAVIRIA. Y fue el Dr. HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ el Magistrado ponente del fallo de fecha 18 de octubre de 1966. Sobre los puntos que son de nuestro mayor interés, dijo la alta Corporación:

"Ha hecho, pues, el legislador —se repite— una dosificación de las medidas de seguridad tomando en cuenta la entidad delictiva y el grado de peligrosidad del delincuente.

El término de duración de esta clase de sanciones, sin ser menor a los plazos previstos en la ley (artículos 64 y 67 del Código Penal, reclusión y libertad vigilada para los enfermos de la mente o intoxicados), es indeterminado, pues depende de los resultados de la medida de seguridad en la curación del anormal, en forma que haya desaparecido el peligro de que vuelva a causar daño.

En consecuencia, la gravedad del delito y la peligrosidad del enfermo mental, intoxicado o deficiente psíquico se toman en cuenta, sólo, para señalar la medida de seguridad señalada en la ley. Su curación, se repite, depende de sus efectos en la remoción de la peligrosidad del agente. Ninguna razón práctica explica entonces, que el juez, con apoyo en el artículo 36 del C. P., sobrepase los plazos mínimos a que aluden los artículos 64 y 67 (aparte a) del mismo estatuto, señalados únicamente para que no se imponga uno inferior.

"Y en cuanto a esto último, se tiene que una de las disposiciones anteriores a que alude el referido artículo 74 del Código Penal es aquella (ar-

Véase Crónica Judicial, Nº 290 de 1956, págs. 206 a 218. Magistrados BERNAR-DO BOTERO MEJIA, HUMBERTO CARRASQUILLA y JUAN R. MUNERA.

tículo 64) que faculta al juez para disponer que cese condicionalmente la reclusión, si se dan las exigencias en este último precepto indicadas y las que señala el art. 647 del C. de P.P.

Entonces, qué fin práctico tiene esa pretendida facultad del juez para indicar un lapso de reclusión que sobrepase los términos previstos en el artículo 64 mencionado?

Si se han cumplido esos plazos legales y el juez ha ordenado que cese condicionalmente esa reclusión, bien puede revocar lo resuelto y disponer que regrese el delincuente a la colonia agrícola especial o al manicamio criminal; si su estado de anormalidad y de peligrosidad así lo aconsejan. Entonces, ningún objeto tiene esa pretendida dosificación del término mínimo, en estas medidas de seguridad.

Y no es dable admitir que ese aumento del plazo mínimo de reclusión se haga en razón de que se estime que el lapso señalado en la ley resulta corto para asegurar la curación del enfermo o del intoxicado, pues la duración del tratamiento no depende del término que señale el juez, ni siquiera del que ha previsto el legislador, sino del resultado beneficioso de la medida, en forma que el perito pueda dictaminar que ha desaparecido el peligro de que el enfermo vuelva a causar daño. La misma indeterminación del lapso máximo de la reclusión niega toda razón práctica a la dosificación de esta medida de seguridad por parte del juez.

Otra cosa es que no pueda señalar un término inferior al de un año, en caso de aplicarle al delincuente reclusión en colonia agrícola especial, o al de dos años, si se trata de reclusión en un manicomio criminal, porque encontró prudente el legislador que únicamente después de cumplidos esos plazos puede disponerse que cese condicionalmente la medida asegurativa". Sobre si podía o no abonarse el tiempo de detención preventiva como parte del tiempo impuesto como medida de seguridad, dijo:

"El tiempo que lleva en detención preventiva el procesado, no puede abonarse al que se fija como mínimo de la sanción, en este fallo, porque el articulo 96 del Código Penal alude a penas y no a medidas de seguridad. Esta norma, en efecto, dice: "El tiempo de la detención preventiva se tendrá como parte cumplida de la pena privativa de la libertad...". La aplicación analógica no procede, por lo que pasa a observarse:

a). El fin mismo de la medida de seguridad que se examina, o sea el de tratar o readaptar al alienado mental, intoxicado o perturbado psíquico mediante reclusión, según el caso, en el manicomio criminal o en la colonia agrícola especial, al menos por los plazos señalados en el artículo 64 del Código Penal, resultaría inoperante si se tuviera como parte cumplida de la sanción el término de la detención precautelativa, pues no es durante ese lapso, por lo general, cuando el anormal recibe el tratamiento pertinente.

Otra cosa es si la encarcelación preventiva se ha cumplido en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial, pues en estos supuestos ese tiempo bien puede tomarse como parte de la reclusión que reglamentan los artículos 62, 63 y 64 del Código Penal", (2).

Después de esta importante decisión la Corte ha reiterado su pensamiento sobre estos puntos. Asi, en casación de 18 de octubre de 1968;

"Como el internamiento en manicomio criminal se reserva en la ley para los alienados o enajenados mentales que cometan delitos para los cuales se haya señalado en la misma pena de presidio, o cuyo estado los haga especialmente peligrosos, al tenor del artículo 63 del Código Penal, y el procesado de autos Orlando Puentes Escobar no es, según lo dicho, un verdadero alienado, sino que delinquió en estado de grave anomalía psiquica, siguese de ahí que el Tribunal Superior de Neiva incurrió en la sentencia acusada en violación de la ley sustancial, por aplicación indebida de aquella disposición al imponer al sindicado esa medida de seguridad, en vez de la reclusión en una colonia agrícola especial, que para el caso es la indicada..." (3).

El 1º de agosto de 1972 dijo también la Honorable Corte Suprema de Justicia:

"Sin embargo, es necesario aclarar que de los propios textos legales surgen variantes de obligatorio reconocimiento. Asi, el artículo 63 del Código dispone que el manicomio criminal es para los alienados que cometan delitos sancionados con presidio, o cuyo estado los haga especialmente peligrosos. Esta última condición es distinta de la primera y en virtud de ella deben ir a ese lugar los infractores peligrosos, aunque el hecho cometido no se sancione con presidio. Si expresamente se hace esta destinación, debe entenderse que el manicomio criminal no puede recibir a los que padecen grave anomalía psíquica, cualquiera que sea el juicio sobre su peligrosidad. La ley no menciona este régimen sino para los alienados, es decir, para los que sufren una alteración persistente y fundamental de todas las funciones mentales, a diferencia de los pacientes de grave anomalía psíquica, estado que no desquicia la personalidad aunque se menoscaban ciertos aspectos de la misma" (4). En este caso la Corte aplicó Libertad Vigilada.

Posteriormente la Corte ha reiterado esta posición en sentencia de 9 de agosto de 1972:

^{2.} Gaceta Judicial, Tomo CXVIII (bis), Oct., Nov., Dic. 1966, pags. 15 a 33.

Magistrado Ponente, Dr. LUIS EDUARDO MESA VELASQUEZ, Revista Derecho Colombiano, Nº 82, Tomo XVIII, 1968, págs. 155 a 168.

Magistrado Ponente, Dr. LUIS CARLOS PEREZ, Gaceta Judicial, Nº 253 a 263 de 1972.

"La Corte ha recordado en reiteradas oportunidades que conforme al artículo 63 del C. P., el manicomio criminal se destina para recluir a los alienados que cometan delitos reprimidos con presidio, o cuyo estado los haga especialmente peligrosos. Se trata, pues, de dos hipótesis distintas respecto de una misma clase de sujetos: los alienados" (5).

En agosto 17 de 1976, expresó la Corte que el problema de si debe o no abonarse el tiempo de detención como parte de la medida de seguridad no se debe ventilar en casación:

"El articulo 680 del Código de Procedimiento Penal enseña que la petición de la cesación condicional de la reclusión debe tramitarse como un incidente, en cuya etapa probatoria debe producirse prueba pericial sobre la readaptación social del delincuente, de donde fluye la consecuencia de que resulta antitécnico tratar de obtener esa cesación al amparo del recurso de casación".

Y sobre el tema que nos ocupa, dijo:

"En la demanda se plantea la aplicación del articulo 96 del Código Penal a la situación del condenado a la medida de seguridad de la reclusión. Se trataría de una publicación analógica. Aun cuando a la Corte no le corresponde pronunciarse al respecto, por cuanto se deshechará el recurso de casación por las razones juridicas antes expuestas, no resulta ociosa expresar que el mínimo de dos años de internamiento en un manicomio criminal, o de un año en una colonia agricola especial, no prede entenderse como tiempo de pena minima, sino como el lapso indispensable para someter a los delincuentes al tratamiento cientifico idóneo para su readaptación al marco de la sociedad. Si ese término ha discurrido antes del pronunciamiento de la sentencia o después de tal acto procesal, o parte antes y parte después, tales incidencias carecen de relevancia juridica, porque lo que importa averiguar es si el delincuente ha recuperado su salud como consecuencia del tratamiento a que se le sometió durante la reclusión, hasta el extremo de que pueda reintegrarse al seno de la sociedad de manera normal, sin que constituya un peligro para él mismo y para los demás. Porque si al proferirse la sentencia condenatoria a un año de reclusión en una colonia agrícola especial, ya el delincuente está innocuizado de su tendencia antisocial por haber sido tratado durante tal lapso, según la ciencia médica en general, sería injuridica la providencia que negara la cesación condicional de la reclusión, basándose en la consideración de que, aun cuando ya el delincuente tuviera las condiciones de resocialización que le hagan apto para regresar a convivir en su medio social, debe permanecer recluido durante un año. Y seria antijurídica esa determinación porque estaria considerando la reclusión como pena privativa de la libertad. Y al contrario, si no obstante haber estado interno el delincuente durante tiempo mayor que el mínimo señalado por la sentencia condenatoria, no ha recuperado su salud, la reclusión se extenderá hasta cuando los peritos "declaren desaparecido el peligro de que el enfermo vuelva a causar daño". (Art. 64 del C. P.) (6).

El 30 de septiembre de 1976, recapitulando sobre anteriores decisiones de la Corte, esta Corporación reiteró ambas posiciones: el manicomio criminal no puede aplicarse sino a los alienados mentales y el tiempo de detención se puede abonar si la detención preventiva se cumple en algún manicomio criminal o en la colonia agrícola (7).

En casación de 26 de octubre de 1971, la Corte dijo que el Jurado de Conciencia sí puede pronunciarse sobre las circunstancias del artículo 29 y en esa oportunidad, que se trataba de un sujeto que había realizado un hecho "en estado de grave anomalía psiquica", como lo dijo el jurado, ordenó recluir al sindicado en una colonia agrícola especial (8)

LAS MAS RECIENTES DECISIONES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN

Ya hemos dicho atrás cómo en algunas oportunidades este Tribunal aplicó a los afectados de grave anomalía psíquica, así fuera transitoria, la relegación a Colonia Agrícola por más de un año, como mínimo. En los últimos tiempos, sin embargo, en general, el Tribunal sigue la jurisprudencia de la Corte, unánime desde la ya mencionada Casación del 18 de octubre de 1966, con algunas excepciones.

En sentencia de 20 de febrero de 1974, aplicó 2 años de manicomão criminal en un caso de grave anomalía psíquica. No hace en esta oportuni-

Magistrado Ponente, Dr. JULIO RONCALLO ACOSTA. Véase Derecho Colombiano, Nº 129, Septiembre de 1972, págs. 351 a 361.

Puede consulterse la providencia aludida, la cual tuvo como magistrado ponente al Dr. JULIO SALGADO VASQUEZ, en Extractos de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Publicaciones del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, Bogotá, 1977, págs. 60 a 63.

Véase Extractos de Jurisprudencia citados, págs. 58 a 60. Magistrado ponente Dr. MARIO ALARIO DI FILIPPO.

^{8.} Puede verse el proceso seguido en el Juzgado 5º Superior a Ramón de Jesús Vásquez Gallego. El Juez Superior Dr. GUILLERMO DUQUE RUIZ (actual Magistrado del Tribunal Superior de Medellín), aceptó el veredicto del jurado que condenaba al sindicato pero dentro de la circunstancia del Art. 29 ya dicha, grave anomalía psíquica; el Tribunal Superior, sin embargo, sostuvo que no podía el jurado pronunciarse sobre tal situación, e impuso la pena de 8 años de presidio y accesorias correspondientes. Sentencia de 18 de diciembre de 1970. Magistrados, doctores J. ANTONIO RICO, ponente, JAIME RUIZ RESTREPO y GABRIEL UPEGUI PALACIO, quien salvó el voto. La Corte casó la sentencia con la providencia de fecha ya citada. Magistrado ponente Dr. MARIO ALARIO DI FILIPPO. (Esperamos en algún número de esta Revista presentar a nuestros lectores la evolución jurisprudencial respecto al problema de las facultades del jurado en relación con el Art. 29).

da ningún tipo de consideraciones para aplicar el artículo 63, que se refiere a "alienados mentales", a sujetos que sólo padecen grave anomalía psíquica.

Sin embargo, esta providencia es importante porque en ella abonó al sindicado el tiempo que llevaba en detención preventiva. El sindicado había estado durante la detención preventiva en una cárcel común y parte en un "anexo psiquiátrico". Sobre esta base, dijo el Honorable Tribunal de que "todo lo anterior conduce a la justa necesaria conclusión de que al Sr. Trujillo Jaramillo se le debe abonar, como parte cumplida de la medida de seguridad el tiempo que estuvo en detención preventiva y el que estuvo en el "anexo psiquiátrico".

Puede verse también que tal providencia se aparta de la Corte en cuanto a que aplica el art. 63 a casos de anomalia psiquica grave, cuando la Corte, como se ha visto, tiene establecido que este artículo solo se refiere a alienados mentales. Empero, puede observarse, se abona el tiempo de detención preventiva sin distinciones, sea que el sindicato hubiera estado en "anexo psiquiátrico" o en cárcel común, mientras que la Corte es partidaria de abonar siempre y cuando el sindicado hubiera estado durante el tiempo del trámite del proceso en la colonia o en establecimiento de observación: "Otra cosa es si la encarcelación preventiva se ha cumplido en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial..." (Ver atrás, pág. 101) (9).

Con posterioridad, el 18 de febrero de 1977, ha aplicado el Honorable Tribunal Colonia Agrícola en el caso de grave anomalía psíquica y ha abonado la detención preventiva, aun sin haber estado el sindicado durante ese tiempo en tratamiento:

"Aun cuando el Código no dice a quienes es aplicable la reclusión en una colonia agricola especial, por exclusión, puede sostenerse que esta medida cebe aplicarse a los anómalos psíquicos y a los alienados que cometan delitos para los cuales no se señalen penas de presidio o cuyo estado no los haga especialmente peligrosos (art. 63). Siendo Jaramillo Pereira no un alienado, sino alguien que al momento de cometer el delito padecía de una grave anomalía psíquica (art. 29), la sanción a imponérsele no puede ser otra que la reclusión en una colonia agrícola especial, por un término no menor de un año (art. 64), tal como lo señaló el a-quo en la sentencia".

Y en relación al abono, dijo:

"Si de acuerdo con el dictamen médico tenido en cuenta para suspender la medida, Jaramillo Pereira ya no constituye un peligro ni para si ni para la sociedad, no se ve la razón para que se le someta a un tratamiento que no es necesario. Eso sería desvirtuar la esencia de las medidas de seguridad, dándole un contenido de carácter represivo, que contradicen su espíritu eminentemente curativo. Si en cierto aspecto, como lo considera algún autor, estas medidas implican alguna represión, por cuanto su duración nunca puede ser inferior a un mínimo predeterminado por la ley (un año para la relegación a colonia y dos para el internamiento en un manicomio) no obstante que con posterioridad al vencimiento de este término hayan cumplido sus efectos curativos, es lo cierto que Jarannillo Pereira estuvo privado de su libertad por un lapso mayor de un año" (10).

El fundamento para el abono es bien semejante al expresado por la Corte Suprema de Justicia, en ya antigua jurisprudencia, que bien vale la pena señalar:

"Puede suceder, a la vez. que al momento de ejecutarse la medida de seguridad se halle el reo restablecido a la normalidad, porque su estado de insania fue pasajero y se manifestó precisamente en el momento de la comición del hecho ilícito. Resultaría inaceptable no solo desde el punto de vista teórico sino también práctico, imponer la medida de seguridad -- manicomio criminal— a un sujeto que ya no es anormal y a quien se causaria un grave. perjuicio sometiéndolo al régimen privativamente especial y científico adecuado para los enajenados de la mente, cuando el mínimo de la sanción impuesta se ha cumplido ya en de ención preventiva, no en un manicomio ni en una colonia agrícola especial, sino en una cárcel común de detención, sin detrimento alguno ni para la justicia ni para el propio reo por haberse reintegrado éste a la normalidad psíquica. En otras palabras, si por la latitud del proceso penal no es posible aplicar ni la medida de seguridad, cuando se trata de anormales, ni la pena cuando se trata de normales, porque una y otra han sido cumplidas en el término de la detención preventiva, la solución debe ajustarse a los principios que rigen la cuestión.

"Armonizando los art.s 96. 98 y 99 del C. P. resulta posible conferir al condenado a cumplir una medida de seguridad el beneficio a que se le descuente como parte cumplida de la misma el tiempo que haya permanecido en detención preventiva" (11).

Y si reparamos en la va citada decisión del 30 de septiembre de 1976, podemos afirmar que sobre todo respecto de situaciones de grave anomalia

Puede verse esto en el proceso que se adelantó a Luis Gonzalo Trufillo Jaramillo, por falsedad en documentos, en el Jurgado Tercero Superior de la ciudad de Medellin. Magistrado ponente, Dr. ALFONSO ORTIZ RODRIGUEZ. Lo acompafiaron los Drs. HUMBERTO RENDON ARANGO y GUSTAVO PELAEZ VARGAS.

^{10.} Ver Juzgado Cuarto Superior de Medellín, proceso por homicidio seguido a José María Jaramillo Pereira, Ricardo Antonio Tuberquia Urrego y Milagros Antonio Santamaría López. Fue ponente de la providencia del Tribunal, el Dr. GUI-LLERMO DUQUE RUIZ. Lo acompañaren en la decisión los Drs. FERNANDO GOMEZ GOMEZ y ALVARO MEDINA OCHOA.

Casación de 28 de mayo de 1947, LXIII, 196; 20 de Septiembre de 1950, LXVIII,
 258. Citada por Ortega Torres, después del artículo 96 del C. Penal.

psiquica transitoria y que por lo mismo ya no necesitan ningún tratamiento, la Corte tiende hoy por hoy al abono. Basta reparar en lo por ella afirmado:

"El manicomio criminal no puede aplicarse sino a los alienados mentales y el tiempo de detención se puede abonar si la detención preventiva se cumple en algún manicomio criminal o en la colonia agrícola" (12).

Y entonces, vale la pena preguntarse: si de tratamiento se habla, pero el sujeto no lo necesita porque su anomalía fue transitoria, se justificará la relegación? Y aún en el caso de que se trate de un enajenado al momento del hecho, será necesario el internamiento, aun cuando ya haya pasado el tiempo mínimo fijado en el art. 64 y si el sujeto ya no padece de la enfermedad? Repárese bien en lo que dice la Corte:

"...Si al proferirse la sentencia condenatoria a un año de reclusión en una colonia agrícola especial, ya el delincuente está innocuizado de su tendencia antisocial por haber sido tratado durante tal lapso, según la ciencia médica en general, sería injuridica la providencia que negara la cesación condicional de la reclusión, basándose en la consideración de que, aun cuando ya el delincuente tuviera las condiciones de resocialización que le hagan apto para regresar a convivir en su medio social, debe permanecer recluido durante un año. Y sería antijurídica esa determinación porque estaria considerando la reclusión como pena privativa de la libertad" (13).

El 21 de noviembre de 1977, el Tribunal negó el abono de 9 meses de reclusión en un Anexo Psiquiátrico a un sindicado que tenía ya un total de 45 meses de reclusión total. Esto, con el argumento de que el artículo 64 "no admite una interpretación distinta a su tenor literal". Veamos la providencia:

"En interlocutorio del cinco (5) de julio último, el Juzgado Doce Superior de esta capital negó la libertad impetrada por el reo del delito de homicidio, Rodrigo Antonio Rave Castaño, quien la había solicitado en virtud de haber superado los dos (2) años de reclusión en maniconio criminal a que fue condenado, según sentencias proferidas por el citado Despacho y esta Corporación, de fechas agosto 18 y octubre 29 de 1975, en su orden, y no presentar "síntoma alguno de enfermedad mental", reflejando asi "una buena capacidad de adaptación al medio, sin dar muestras de peligrosidad", haciéndose aconsejable, por tanto, a "la suspensión de las medidas de seguridad que le fueron impuestas", según el oficio Nº 051 del 10 de junio del año en curso,

emanado del médico director del Anexo Psiquiátrico Nacional Carcelario de la Penitenciaria Central de Colombia en Bogotá (folios 220), en donde permaneció bajo tratameinto por espacio de nueve (9) meses de los cuarenta y cinco (45) meses que lleva recluído en total.

Al ser enterado de dicha resolución que en nada lo satisfizo, de palabra y en el mismo acto de la notificación interpuso el recurso ordinario, siendo el motivo por el cual al Tribunal le compete revisar el ameritado proveído.

Descorrido el traslado de rigor por el señor Fiscal Séptimo de esta Corporación, quien se muestra partidario de que se levante la sanción al condesado, tras considerar "desaparecido en éste el peligro de que vuelva a causar daño y por estar completamente readaptado" porque, anotó, sería "injusto, innecesario obligar al reo a permanecer por más tiempo en el manicomio criminal hasta completar los dos años, — cuando lleva privado de la libertad más de 45 meses" y, en consecuencia, que se revoque el auto impugnado. A esta conclusión arribó, luego de acoger la tesis del doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez, en su obra "Lecciones de Derecho Penal", p. 313, donde sostiene: "Presume la ley con muy discutible fundamento que antes de dos años no puede el enfermo recuperar la salud. Nosotros no encontramos justificación alguna a este límite mínimo. Es completamente absurdo e innecesario y casi cruel obligar al paciente que ha recobrado la salud permanecer por más tiempo recluído en el manicomio. Esa disposición —el artículo 64 del Código Penal, aclara la Sala— tiene en esa parte un matiz expiatorio inexplicable".

La Sala no puede prohijar el criterio de su Colaborador Fiscal en vista de la perentoria disposición del artículo 64 de la Ley Sustantiva que no admite una interpretación distinta a su tenor literario "en ningún caso podrá ser menor de dos años en el manicomio criminal" (se subraya).

Como el rematado Rave Castaño apenas sí ha permanecido nueve (9) meses en el Anexo Psiquiátrico de la Penítenciaría Nacional, no es necesario hacer otras dispisiciones para concluir, como así lo hizo el de instancia, que el recurrente deberá permanecer en ese Centro hasta completar el límite minimo fijado por la ley para poder recuperar la libertad.

Consecuente con lo anterior, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, C O N F I R M A el auto de fecha, naturaleza y procedencia indicadas que se ha revisado por apelación" (14).

Véase Extractos de Jurisprudencia citados, págs. 58 a 60. Magistrado ponente, Dr. MARIO ALARIO DI FILIPPO.

Extractos de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Publicaciones del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, Bogotá, págs. 60 a 63.

Ponente, Dr. EDILBERTO SOLIS ESCOBAR. Lo acompañaron los doctores JAI-ME TABORDA PEREANEZ y EDGAR TOBON URIBE.

En providencia de marzo 6 de 1978 el Tribunal aplica el art. 63 a un caso de Grave Anomalía Psíquica, esta vez sí fundamentando de manera amplia su posición:

"Como es fácil descubrirlo, la medida de seguridad denominada reclusión en un manicomio criminal se impone a los alienados que cometan delitos sancionados con presidio. Esa misma medida se impone según el inciso segundo de la disposición, a los procesados que cometan delitos en una cualquiera de las circunstancias del artículo 29 de la obra en cita, cuyo estado los haga especialmente peligrosos. En el primer caso se requieren dos condiciones: 1) Que el sujeto activo sea un alienado. 2) Que cometa un delito sancionado con pena de presidio. Cuando se dan estas dos condiciones es procedente la reclusión en manicomio criminal por tiempo mínimo de dos años como dice el art. 64 ibidem. En el segundo caso se requiere: 1) Que el sujeto activo, al momento de cometer un delito, padezca de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia, o padeciere de grave anomalía psiquica. 2) Que su estado mental lo haga especialmente peligroso. Cuando en un caso concurren estas dos circunstancias es procedente la reclusión en manicomio criminal por el tiempo mínimo citado. En los demás casos, esto es, cuando no se dan ni las dos primeras condiciones señaladas, ni las dos últimas, la medida procedente es relegación a colonia agrícola especial. Las otras medidas de seguridad principales señaladas en el art. 61 proceden en caso de delitos leves sancionados con prisión, arresto o pena no privativa de la libertad y cuando el sujeto no es especialmente peligroso por causa de su estado mental. Según el dictamen de folios 152. JOSE MIGUEL MARQUEZ ALVA-REZ, al momento de cometer los hechos, "se encontraba en una embriaguez patológica" que constituye, a juicio de esos peritos, una grave anomalía psiquica de carácter transitorio. Por tanto, no es alienado porque su estado no es de enajenación mental que es término equivalente del primero. Por esto. pues, no sería procedente la reclusión del acusado en un manicomio criminal. Pero, como se indicará en seguida, el estado de la personalidad de MAR-QUEZ ALVAREZ lo hace especialmente peligroso".

Después de hacer algunas referencias a la prueba del proceso, afirma que "El estado de la personalidad de JOSE MIGUEL MARQUEZ ALVAREZ lo hace especialmente peligroso para la sociedad. Su personalidad, dada su caracterización por agresividad de difícil control, permite la conclusión antes mencionada. Por esto y porque los delitos cometidos están sancionados con pena de presidio, la medida imponible al acusado es la de reclusión en un manicomio criminal por tiempo no inferior a dos años como lo dispone el artículo 64 del Código Penal" (15).

En su más reciente pronunciamiento en torno a la aplicación del art. 63, el Tribunal impuso la reclusión por tiempo no inferior a un año en Colonia Agrícola Especial, en un caso de personalidad esquizoide con brotes sicóticos, encuadrado en el ámbito de una grave anomalía psiquica, a un sujeto responsable del delito de violencia carnal (16).

^{15.} Puede verse en el Juzgado Tercero de Medellín, proceso por homicidio seguido a José Miguel Márquez Alvarez. Ponente. Dr. ALFONSO ORTIZ. Lo acompañaron en la decisión, los Drs. HUMBERTO RENDON y EUCARIO PALACIO. (Contra esta providencia ha sido intepuesto el recurso de casación, aún no decidido por la Corte).

^{16.} Fue ponente de dicha decisión proferida el 28 de febrero de 1978, el Dr. HECTOR JIMENEZ RODRIGUEZ. En la decisión, estuvo acompañado por los Magistrados ALFONSO MONTOYA CADAVID y ALVARO MEDINA OCHOA.