

DOLO, CULPA Y PRETERINTENCIÓN: ¿FORMAS DE CULPABILIDAD?

HERNANDO BARRETO ARDILA

*Profesor de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia
y de los posgrados en Derechos Humanos de la ESAP y la Universidad
Católica de Manizales.*

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

*Fiscal 84 Delegada ante los Jueces Penales Municipales en
Santafé de Bogotá, D.C.*

El dolo, la culpa y la preterintención no son formas de culpabilidad, no pueden serlo, son formas de la conducta, necesarias para reconocer la dimensión racional de la persona humana en el Estado social y democrático de derecho, y como tales se encuentran contenidas en el tipo en cuanto exigencias normativas para efectos de realizar el juicio de tipicidad, con independencia de su aptitud para ser objeto de juicio en sede de culpabilidad (ya sea de reproche o de exigibilidad).

PRESENTACIÓN

En nuestro país, que es particularmente receptáculo de las escuelas o corrientes que se desarrollan en otras naciones, ha sido objeto de discusión doctrinaria e inclusive jurisprudencial la procedibilidad o no en la aplicación de la ley penal por parte de la judicatura, de las teorías causalista o finalista. Últimamente se indaga acerca de la aplicación de la tesis de la tipicidad conglobante o la teoría de los elementos negativos del tipo, y con el profesor Juan Fernández a la cabeza, se propugna por el denominado “injusto típico” o la “dogmática axiológica”.

Entonces, el objetivo de este opúsculo se concreta en verificar los contenidos de nuestras propias disposiciones penales para que a partir

de ellas se pueda construir una puntual manera de hacer los procesos de adecuación típica y demás, sin tener que acudir a teorías extrañas a nosotros que en más de las ocasiones no consultan nuestra realidad.

Hemos de destacar, que lo expuesto en este opúsculo no constituye una novedad o descubrimiento, en cuanto ha estado allí, en el Código Penal, y surge simplemente de una forma lógica y valorativa de aprehender las expresiones normativas que en la ley penal se encuentran, especialmente entendidas desde las exigencias de nuestra Constitución Política.

1. EL TIPO PENAL COMO DESCRIPCIÓN O DEFINICIÓN

Para un sector de la doctrina, el tipo penal es sólo una **descripción** de conducta, en cuanto verificación de un dato objetivo, histórico y fáctico, que tiene ocurrencia aprehensible y constatable de manera empírica por los sentidos. Ernst Von Beling¹ consideraba que la descripción de la conducta era de tipo objetivo, neutra, avalorada y exenta de axiología, que comprendía sólo el aspecto externo de la acción humana, pues lo subjetivo tenía cabida exclusiva en la culpabilidad; así pues, indicaba: “Todos los delitos-tipos son, en consecuencia, de carácter puramente descriptivo; en ellos no se expresa aún la valoración jurídica calificante de lo antijurídico (tipo de ilicitud)”.

Algunos autores en nuestro medio², basándose en los textos de los anteproyectos del Código Penal de 1980, insisten en que el Ejecutivo con soporte en la ley de facultades extraordinarias otorgada por el Congreso para expedir tal Código, cambió impropriamente del artículo 3o. el término “descripción” -contenido originalmente- por el de “definición”, en cuanto la ley penal no define delitos, sino describe sus elementos estructurales.

(1) BELING Ernst Von. La doctrina del delito-tipo. Buenos Aires. Depalma. 1944. Pg. 258.

(2) Cfr. RUIZ Servio Tulio. Teoría del hecho punible. Editorial El Profesional. Bogotá. 2a edición. 1980. pg. 14.

DOLO, CULPA Y PRETERINTENCIÓN: FORMAS DE CULPABILIDAD?

Para otros³, en criterio que compartimos e intentamos sustentar, la tipicidad apunta -como lo señala el artículo 3o. del Código Penal- a la **definición**⁴ que hace el legislador, incluyendo allí, además de la descripción como dato objetivo, unos contenidos axiológicos no aprehensibles empíricamente, sino valorables desde la subjetividad que en sede del elemento conductual intencional asistan al agente en la realización del acto, lo cual supone, que en la comisión de una conducta típica está en juego la voluntad de la persona y como tal ha de estar incluida en el tipo.

Al respecto, y a manera de referencia histórica, fue Hans Welzel, quien como padre del finalismo ortodoxo y en su ingente esfuerzo por humanizar el Derecho Penal, postuló la existencia del denominado “dolo neutro”, intención o voluntad en la realización de la conducta final, para ser evaluada en sede de la tipicidad.

Si una de las funciones primordiales de la tipicidad es la de constituir una garantía para que la persona, a partir del conocimiento de lo prohibido, se motive y adecue su comportamiento a lo permitido, habrá de reconocerse que dentro de la definición de la conducta constitutiva del tipo debe incluirse el elemento subjetivo que comprometa la voluntad del agente en la toma de decisión y en la realización de su acción.

Lo anterior exige, que al momento de evaluar la tipicidad de una conducta, no se acuda simplemente a la verificación del curso causal de orden naturalístico causa-efecto, sino a establecer la existencia de voluntad dirigida al resultado producido.

Al tenerse una concepción de la tipicidad valorada, se puede verificar que **los cursos causales propios del caso fortuito y la fuerza mayor,**

(3) Cfr. PÉREZ PINZÓN Alvaro Orlando. Introducción al Derecho Penal. Ediciones Forum Pacis. 2a Edición. Santafé de Bogotá. 1992. pg. 272.

(4) **Definición.** Explicación breve y clara de una cosa por la enunciación de sus principales atributos. **Definir.** Fijar con claridad y exactitud la significación de una palabra o la naturaleza de una cosa. Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

son atípicos por ausencia de voluntad, y por lo tanto, no hay noción de conducta desde la perspectiva jurídico-humana, sino física; pues de concluir que estas situaciones son típicas, se llegaría a la insostenible posición de creer que el legislador incluye en catálogos penales hechos humanos en general, y no conductas humanas producto de la decisión libre de las personas, lo cual equivaldría a reconocer que el tipo penal carece de ideología, axiología y teleología, no teniendo como destinatario al hombre, sino a la física.

En consecuencia, si uno de los fines de la tipicidad es concretar el principio de legalidad, a fin de dar a conocer lo prohibido, tal prohibición sólo se estructura a partir de la existencia de referentes subjetivos en la decisión pre-delictiva, pues **verificar lo prohibido para concluir lo permitido, sólo es posible en la medida que se trate de acciones voluntarias o con participación de la voluntad, y no de la producción de daño por simples cursos físicos causales.**

Consideramos como premisa fundamental, que el Derecho Penal se soporta sobre dos pilares esenciales y necesarios en su construcción: La **volición** o intención, seguida de la **conducta** (activa u omisiva).

Ello es patente en la forma conductual dolosa, en donde se quiere el resultado y hacia él se dirige la acción. En los delitos culposos, se rechaza el resultado que finalmente se produce, pero intencionalmente y con voluntad se realiza la conducta imperita, imprudente, inexperta o violatoria de reglamentos, que a la postre da lugar al daño. Reconocemos aquí, que resulta seriamente polémica la imposición de pena con ocasión de la culpa sin representación o culpa inconsciente⁵, en la cual no se evidencia un compromiso de la voluntad, sino que se sustenta desde la existencia de deberes sociales y solidarios.

(5) "La punibilidad de la culpa inconsciente no es obvia. No es seguro que sea compatible con el principio de culpabilidad. En verdad el autor que no se representa el peligro de su acción difícilmente podrá motivarse para la corrección del curso de la misma". BACIGALUPO Enrique. Manual de derecho penal. Temis. Bogotá. 1989. pg. 219. "Esta forma de culpa ha sido muy criticada y, a veces, se ve en su punición una transgresión del principio de culpabilidad porque conduce a formas de responsabilidad objetiva". VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ Fernando. Derecho Penal Parte General. Temis. Santafé de Bogotá. 1994. pg 378.

La **volición como exigencia subjetiva de la tipicidad**, impone reconocer al hombre como ser dotado de razón, lo cual se halla conforme con la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 1o. establece: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

2. TEORÍAS ACERCA DEL CONTENIDO DE LA TIPICIDAD

2.1. Teoría Causalista

En la ortodoxa teoría de orden **causalista** se tenía en cuenta, según los postulados de Beling, la simple adecuación objetiva de la conducta evaluada al contenido formal de la disposición penal, es decir, se asumía la disposición legislativa como una vasija en la cual iba a caber o no la conducta sometida a estudio. En caso positivo, se decía que la conducta resultaba típica y en caso contrario, se afirmaba que por faltar o existir un *plus* en la conducta evaluada ésta no se adecuaba perfectamente a la descripción legal y por tanto resultaba atípica.

2.2. Teoría Finalista

En esta teoría se establece que el proceso de adecuación típica no corresponde simplemente a la verificación de un mero curso causal de orden físico, en cuanto la acción final tiene sentido para su autor y consecuentemente para el derecho penal, en la medida que responda al denominado *dolo neutro*, esto es, que el sujeto activo realiza la conducta con fundamento en su poder decisorio a partir del compromiso de sus esferas volitivas, afectivas e intelectivas.

Se trata entonces de verificar, no únicamente la adecuación objetiva de la conducta fenomenológica naturalísticamente considerada, sino además, la intencionalidad que asista al autor en la realización de dicho acto; no se trata de ubicar la culpabilidad en la tipicidad, como

equivocadamente lo entienden algunos, sino de detectar el elemento subjetivo en la comisión del hecho punible al lado del elemento objetivo que está dado por la simple adecuación típica de carácter objetivo, sin perjuicio que se estructure o no el juicio de reproche o de exigibilidad que fundamenta la culpabilidad.

2.3. Teoría de los elementos negativos del tipo

En la teoría de los elementos negativos del tipo propugnada por el profesor Santiago Mir Puig, se plantea que el legislador a la par de las prohibiciones que se hallan inmersas en los tipos penales, ha creado unos tipos penales de permisión, los cuales se manifiestan en aquellas disposiciones que permiten o justifican dentro de especialísimas circunstancias un comportamiento.

Esto es, el legislador ha creado unos tipos prohibitivos v.gr. el homicidio, y unos tipos permisivos, V.gr. la legítima defensa, resultando en consecuencia, que únicamente cuando un comportamiento se adecua al tipo prohibitivo y no le asiste el concurso de un tipo permisivo tiene el carácter de típico, es decir, la conducta es típica cuando adecuándose a un tipo no existe causal alguna de justificación o inculpabilidad que lo enerve en su estructura.

El fundamento radica en que no se pueden ontológicamente considerar como “típicos” aquellos comportamientos que expresamente el legislador ha permitido, como ocurre con el homicidio en legítima defensa, en consecuencia, lo “típico” apunta es a aquellas conductas que de ninguna manera son permitidas por el legislador de manera expresa.

2.4. Teoría de la tipicidad conglobante

Propugnada por el profesor Zaffaroni, en virtud de la cual se incluye en el proceso de adecuación típica, además de la correlación objetiva entre el hecho evaluado y la disposición legislativa, la presencia de

DOLO, CULPA Y PRETERINTENCIÓN: FORMAS DE CULPABILIDAD?

un contenido de antijuridicidad material bajo los presupuestos de que el legislador eleva a la categoría de delitos en disposiciones de carácter penal, únicamente aquellas conductas que evidencian un contenido de antijuridicidad en cuanto vulneren o pongan en peligro de manera efectiva bienes jurídicos relevantes a la sociedad a fin de mantener la convivencia, la armonía y el equilibrio de valores de poder, autoridad, respeto, libertad, etc.

En consecuencia, una conducta que carezca de antijuridicidad material tiene el carácter de atípica pues el legislador no puede describir conductas penales de manera avalorada y neutra, sin la presencia de un juicio previo de antijuridicidad.

Textualmente precisa el propio profesor Zaffaroni: “El juicio de tipicidad no es un mero juicio de tipicidad legal, sino que exige otro paso, que es la comprobación de la tipicidad conglobante, consistente en la averiguación de la prohibición mediante la indagación del alcance prohibitivo de la norma, no considerada aisladamente, sino conglobada en el orden normativo. La tipicidad conglobante es un correctivo de la tipicidad legal, puesto que puede excluir del ámbito de lo típico aquellas conductas que sólo aparentemente están prohibidas”⁶.

2.5. Teoría del injusto típico

Postulada por el profesor Juan Fernández Carrasquilla, según el cual, la antijuridicidad de una conducta es un dato previo a la tipicidad, en consecuencia, lo que se halla tipificado es el injusto, en el entendido que “El tipo penal no abarca hechos permitidos, lícitos, autorizados o mandados, como tampoco hechos inócuos, insignificantes o socialmente adecuados. Sólo lo ilícito jurídico de cierta magnitud entra en la órbita de la prohibición constituida por el tipo penal”.⁷

(6) ZAFFARONI Eugenio Raúl. Manual de derecho penal. Parte General. Ediar. Buenos Aires. 1986. pg 382.

(7) FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan. Derecho Penal Fundamental. Volumen II. 2a Edición. Temis. Bogotá. 1989. pg 193.

3. EL ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN

La Corte Suprema de Justicia sostuvo que el Código Penal era de orientación estrictamente causalista.⁸ Pero luego, la misma Corporación indicó que el ordenamiento penal no está adscrito a una particular orientación y que en él tienen cabida todo tipo de escuelas siempre que se respete su estructura.⁹

Posteriormente, la Corte Constitucional manifestó que el legislador puede adscribirse a una u otra corriente doctrinal siempre que consulte los postulados constitucionales, no pretermitiendo los procedimientos democráticos ni contrariando los mínimos de justicia material, correspondiendo a la doctrina la “definición posterior del texto y la postulación de reglas para garantizar su operatividad como sistema jurídico normativo con finalidades políticas determinadas”¹⁰.

1.6.- LA PROPUESTA

A partir de lo anterior, entonces, corresponderá verificar la forma en que proponemos, ha de adelantarse el proceso de adecuación típica en nuestro país, particularmente desde el texto contenido en el Código Penal.

Según el artículo 5o. del Código Penal para que una conducta sea punible debe realizarse con culpabilidad, quedando en consecuencia proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. En el artículo 35 del mismo ordenamiento se destacan como formas de la culpabilidad el dolo, la culpa y la preterintención de manera **taxativa, exclusiva y excluyente**; no obstante, en los artículos 36, 37 y 38 se expresa:

(8) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto de junio 16 de 1981. MP. Dr. Alfonso Reyes Echandía.

(9) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto de noviembre 11 de 1986. M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez.

(10) CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-504 de noviembre 4 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Rodríguez y Carlos Gaviria Díaz.

DOLO, CULPA Y PRETERINTENCIÓN: FORMAS DE CULPABILIDAD?

“La **conducta** es dolosa cuando...”, “La **conducta** es culposa cuando...” y “La **conducta** es preterintencional cuando...”.

Siendo ello así, **aquello de lo cual se predica el adjetivo de dolosa, culposa o preterintencional es la conducta y no la culpabilidad**; es decir, la titulación del artículo 35 parece inducirnos a error al asimilar que la culpabilidad tiene unas formas, cuando en verdad esas formas corresponden al cómo se realiza la conducta; reiteramos: Lo que es doloso, culposo o preterintencional es la conducta y no la culpabilidad, pues esta constituye un juicio de reproche o de exigibilidad sin que lógicamente y valorativamente pueda asignársele una especie de catálogo de *formas*, siendo por su naturaleza medible únicamente en términos de intensidad, en cuanto se trata de identificar un mayor o menor reproche, una mayor o menor exigibilidad.

En el artículo 38 del Código Penal se expresa que las conductas preterintencionales o culposas sólo son punibles en los casos **expresamente determinados en la ley**.

Al verificar la definición legislativa de todas y cada una de las conductas de la parte especial del Código Penal se puede establecer que en efecto, aquellas conductas que el legislador estima como punibles dentro de los grados de preterintención o culpa así aparecen relacionadas como **exigencia normativa** para efectos de realizar el proceso de adecuación típica.

Vale decir, al realizar el proceso de adecuación típica de una conducta que resulta punible únicamente en cuanto culposa o preterintencional, tal exigencia de la forma conductual -no del juicio de culpabilidad- ha de evaluarse estructuralmente al verificar si se adecua o no a un tipo penal específico.

Siendo ello así, fuerza es concluir que las demás normas, esto es, aquellas que no tienen referencia de conducta culposa o

preterintencional, **necesariamente han de ser evaluadas como dolosas**, pues no hay una forma de conducta diferente de las ya mencionadas. Lo anterior se fundamenta en que por regla general la totalidad de las disposiciones legislativas de la parte especial del Código Penal tienen una connotación estructural de conducta de carácter doloso, **salvo que el legislador expresamente las haya tipificado como culposas o preterintencionales de manera expresa.**

Por así decirlo, la generalidad de las disposiciones de la parte especial del ordenamiento mencionado tipifican los delitos así: “El que -con dolo- ocasione incendio”, “El que -con dolo- matare a otro”, “El que -con dolo-...”, forma estructural de la conducta, que expresamente no incluyó el legislador respecto del dolo, pero que necesariamente ha de integrar la descripción legislativa como ocurre con las otras dos formas de conducta (culpa y preterintención), pues **no puede existir un tipo penal sin integrar dentro de su definición una especial forma de conducta.**

Por lo expuesto se ha de concluir necesariamente, dentro de lo que hemos denominado **causalismo valorativo estructural** (acogiendo los planteamientos neoclásicos), que todas las conductas descritas legislativamente como delitos tienen una exigencia normativa en el proceso de adecuación típica referida a una de las tres formas estructurales de conducta, resultando que **aquellas que expresamente no sean culposas o preterintencionales serán fatalmente dolosas**, y a partir de ello se ha de verificar si se adecuan o no al tipo penal específico en aras de garantizar el principio liberal de legalidad.

En consecuencia, el dolo, la culpa y la preterintención no son formas de culpabilidad, no pueden serlo, son formas de la conducta, necesarias para reconocer la dimensión racional de la persona humana en el Estado social y democrático de derecho, y como tales se encuentran contenidas en el tipo en cuanto exigencias normativas para efectos de realizar el juicio de tipicidad, con independencia de su aptitud para ser objeto de juicio en sede de culpabilidad.

DOLO, CULPA Y PRETERINTENCIÓN: FORMAS DE CULPABILIDAD?

El juicio de culpabilidad¹¹ es diverso, que no indiferente, de la forma de conducta con la cual se realizó el hecho; obsérvese que en una situación de legítima defensa, la conducta tiene el carácter de típicamente dolosa, y es en el momento de la tipicidad donde debe precisarse la forma conductual, para posteriormente, en la antijuridicidad, reconocer la causal taxativa de justificación.

V.gr. en el frecuente suceso de los accidentes de tránsito, se hace necesario establecer desde un comienzo el factor generador de culpa (violación de reglamentos, impericia, imprudencia, negligencia, etc.), a fin de adecuar la conducta al tipo penal contenido en el artículo 329 del Código Penal y no hacer malabares de ubicación inicial y neutra al 323 “El que matare a otro...”, para posteriormente, cuando se está efectuando el juicio de culpabilidad, precisar equivocadamente que la *forma de culpabilidad* es culposa, pues se hace evidente que no se está guardando correlación entre el tipo al cual se adecua la conducta y aquella que es objeto de juicio de reproche o de exigibilidad.

Aún más, parece poco menos que imposible concretar un juicio de tipicidad, así sea inicial, sin que existan elementos que permitan efectuar la imputación desde la forma de conducta, como exigencia normativa contenida en el tipo, y con el innegable reconocimiento de la dimensión racional de la persona humana, que es el pilar a partir del cual se construye la noción de Estado social y democrático de derecho postulado por nuestra Constitución Política.

Por lo anterior, sin demostración inicial de la forma de conducta - siquiera sumaria- no puede estructurarse íntegramente la exigencia típica tanto menos podrá darse cabida a un proceso penal.

(11) Para algunos, el juicio de culpabilidad se concreta en el “juicio de exigibilidad en virtud del cual se le imputa al autor la realización de un injusto penal, pues, dadas las condiciones de orden personal y social imperantes en el medio donde actúa, se encontraba en posibilidad de dirigir su comportamiento acorde con los requerimientos del orden jurídico y no lo hizo, habiendo podido llevarlo a cabo. Se trata de un **juicio eminentemente normativo fundado en la exigibilidad**, idea que preside toda la concepción de la culpabilidad y en virtud de la cual el agente debe responder por su comportamiento... por no haber actuado conforme a la norma”. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ Fernando. Derecho Penal... Ob. cit., pg 477. Para otros, ese juicio de culpabilidad corresponde al reproche que se formula al autor por estar en **capacidad de actuar de manera diferente**.

Así pues, la ausencia de dolo, culpa o preterintención es resuelta en sede de tipicidad por vía de encontrar la conducta como atípica, y no, como es frecuente en nuestra práctica judicial, asumir tales comportamientos como típicos, antijurídicos y no culpables, por estimar erradamente que hay ausencia de *forma de culpabilidad*.

Piénsese en la insuperable coacción ajena, en la cual el sujeto activo realiza la conducta con dolo típico, su daño revela antijuridicidad formal y material, pero carece de reproche o de exigibilidad en sede de culpabilidad por hallarse incurso en una circunstancia expresa que excluye la posibilidad de aquel juicio. Es decir, la presencia del dolo no nos lleva necesariamente a estructurar el reproche, lo cual demuestra que son momentos diferentes y que corresponden a estructuras también independientes.

Pero, lo que si es inevitable para el funcionario judicial, es precisar desde un comienzo la forma de conducta a partir de la cual ha adecuado la conducta a determinado tipo penal, para ahí si, comenzar a verificar los demás juicios valorativos que le corresponden.

La presencia de una persona muerta y de otra que físicamente le causó la muerte, no son condiciones suficientes para estimar que estamos en presencia de un homicidio, se necesita mucho más que eso, hay que acreditar el cómo, y particularmente, desentrañar el momento volitivo del sujeto activo, pues, insistimos, en aquellas hipótesis que v.gr. por culpa de la víctima se genera un caso fortuito o fuerza mayor, no hay voluntad directa ni indirecta en el causante del hecho, y en consecuencia, ni siquiera puede estructurarse respecto de él un juicio de tipicidad, precisamente por ausencia de forma de conducta (dolo, culpa o preterintención). Esto es, en el ejemplo propuesto estaríamos en presencia de una conducta atípica, muy a pesar de existir una persona muerta.

DOLO, CULPA Y PRETERINTENCIÓN: FORMAS DE CULPABILIDAD?

No se trata de confundir en la tipicidad elementos de la culpabilidad, sino precisamente de delimitar aquellos elementos que son propios de la definición típica e integrar la culpabilidad con la individualización del juicio de reproche o de exigibilidad que corresponde hacer al funcionario judicial.

En consecuencia, desde la óptica de nuestro ordenamiento penal, toda conducta descrita legislativamente como típica estará conformada por un elemento objetivo y otro subjetivo para efectos de adelantar el proceso de adecuación típica. El primero estará constituido por la simple subsunción de la conducta evaluada a la descripción del tipo especial en todos y cada uno de los elementos que materialmente lo estructuran de manera objetiva; el segundo estará integrado por la verificación de alguna de las formas de conducta (dolo, culpa o preterintención), sin entrar a evaluar en este momento si el autor merece juicio de reproche o de exigibilidad por haber actuado contrario a derecho en sede de culpabilidad.