



**"EL DOLO ESPECIFICO Y EL ELEMENTO SUBJETIVO  
DEL TIPO PENAL"**

**CARLOS MARIO MOLINA**

**Estudiante de Quinto año  
Facultad de Derecho U.P.B.  
Monitor Area Penal  
Consultorio Jurídico**

I.

Problemas hay dentro del ardoroso estudio de las tortuosas disciplinas jurídico penales, que han ocupado lo mejor de los incansables esfuerzos de los connotados tratadistas que de ellos se ocupan, otorgando como resultado un tanto desalentador un saldo deficitario en cuanto hace a la fineza y representatividad de las conclusiones así obtenidas. Y uno de estos insondables y casi que insolutos temas, lo constituye el elemento síquico especial que en un momento criminoso determinado debe y tiene que acompañar el desviado actuar de quien en esos instantes adquiere la categoría, poco honrosa por demás, de sujeto activo de un concreto hecho punible tipificado por la Ley Penal.

En efecto, ya es asunto la mar de debatido el concerniente a la real naturaleza y entidad del hecho punible, como valoración negativa que de una conducta ha efectuado el aparato estatal, como respuesta certera, si bien, hay que reconocerlo, del ángulo estrictamente teórico, al desmesurado avance de las acciones atentatorias de la vida comunitaria, las que con su desarrollo, auge, materialización y tecnificación, socavan raudamente las bases y fundamentos mismos sobre los que se edifica la estructura elemental de nuestra sociedad. En fin, lo más depurado de las ciencias jurídico penales, a las cuales se adhiere de manera expresa e indubitable nuestro Legislador, ha coincidido en calificar el "Hecho Punible", como el actuar humano, en sentido positivo o negativo, vale decir, como acción o como omisión, que encuadra dentro de los moldes de lo pretermitido por el ente estatal, de manera directa, y que significa una transgresión a lo que algunos han dado en denominar "las normas de cultura", todo lo cual se ha materializado bajo los auspicios de una particular intención de ánimo por parte del agente. O dicho en otras palabras, es la "acción típica, antijurídica y culpable", tal como de manera por demás lacónica lo ha definido nuestro legislador en el artículo 2o. de nuestro actual Código Penal, siguiendo de cerca los postulados y enseñanzas de la Dogmática Alemana.

En consonancia con lo anteriormente expuesto, aparece como un evento incontestable que dentro de esa escueta posición, el rol desempeñado por el elemento TIPICIDAD es de primerísimo orden, siempre que ella encierra lo que el maestro Jiménez de Asúa, siguiendo en parte las enseñanzas del ilustre profesor alemán Max Ernesto Mayer, denomina la "ratio cognoscendi" del elemento ANTIJURIDICIDAD. De esta suerte, aparece como punto de capital relevancia el analizar detenidamente la verdadera entidad conceptual de esa particularísima intención que en el obrar delictual del agente, exige el legislador con respecto de determinadas conductas inicialmente considerables como punibles.

Sin el ánimo de pretender dar acabadas respuestas a tan espinoso tema, cual es el de dilucidar la real y verdadera entidad ontológica del elemento síquico especial que en determinadas figuras típicas exige el legislador como acompañante indispensable del desviado actuar del agente del punible, vale decir, si debe comprenderse y aceptarse como una forma de Dolo, bajo el acápite de un Dolo Específico, o si debe comprenderse como un elemento del tipo penal de carácter subje-

tivo, queremos plantear algunas consideraciones que sólo pretenden ser eso: unas sencillas estimaciones doctrinales que buscan ofrecer un poco de orientación en aras de la prosecución de soluciones valdearas a uno de los grandes problemas que aún se debaten en el seno de la doctrina jurídico penal.

## II.

De entrada, creemos procedente y conveniente resaltar una posición conceptual en torno al ente delictual, como es la esbozada por el Doctor Juan Fernández Carrasquilla, en virtud de la cual se entiende el Tipo Penal como “un continente técnico formal de la conducta antijurídica que el legislador amenaza con pena criminal, lejos de que el delito contenga el tipo como un elemento al lado de los otros” (Juan Fernández Carrasquilla. “Derecho Penal Fundamental”. Pág. 387).

Así, el profesor Fernández Carrasquilla sostiene que el Injusto típico se integra de aspectos internos subjetivos y externos objetivos. Sitúa dentro de los segundos el Juicio de Disvalor o lo que él llama el Tipo de Injusto, y dentro de los primeros, lo que él ha dado en calificar como el TIPO SUBJETIVO, entendiendo por tal “al aspecto o componente interno o psicológico del tipo penal”, al que igualmente denomina “tipo de culpabilidad, o simplemente culpabilidad”. (Fernandez Carrasquilla, Op. Cit., Pág. 421).

Todo esto es comprensible, si se tiene de presente que para el profesor Fernández Carrasquilla se tiene que “en la teoría del injusto, la separación entre el objetivo y lo subjetivo es meramente conceptual, metodológica y didáctica, pero no corresponde a una separación real de las cosas” (ibídem, Pág. 421). Según esto, “el dolo debe necesariamente referirse, como conocimiento y voluntad, a la realización de todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo. Ha de referirse, decimos nosotros, al total tipo objetivo (en sus llamados elementos descriptivos, normativos y personales, esto es, en el conjunto de su textura “objetiva”).” (ibídem, Pág. 412).

La teoría en comento es dable porque el profesor Fernández Carrasquilla, siguiendo los lineamientos conceptuales del profesor alemán Ernest Von Beling, comprende al Tipo Penal, no como un elemento que se sitúa al lado de la acción, la antijuricidad y la culpabilidad, para dar vida al ente jurídico delictual, sino que, muy por el contrario, sostiene que el tipo es el componente dentro del cual van a fundirse esos elementos de la acción, la antijuricidad y la culpabilidad. En este orden de ideas llega a afirmar categóricamente que “Acción, antijuricidad y culpabilidad son, por tanto, los peldaños del injusto tipificado por las leyes penales”. (Op. Cit., Pág. 423).

En síntesis, el profesor Juan Fernández Carrasquilla postula que dentro del injusto típico no estamos encuadrando meramente la descripción que de la conducta conminada bajo la amenaza de pena ha hecho el legislador, sino que él lleva dentro de sí el juicio de disvalor y, lo que es más importante aún, el juicio de reprochabilidad; juicio de reprochabilidad dentro del cual no solamente van a tener cabida las connotaciones del dolo, la culpa o la preterintención, sino que a él se va

a reducir, o como él mismo lo indica, va a ser éste el "único componente del injusto que tiene naturaleza subjetiva y depende por tanto de la capacidad subjetiva del agente" (Op. Cit., Pág. 423). Así, nos vamos a encontrar con que el Injusto Típico va a ser el crisol dentro del cual van a refundirse los arquetipos conceptuales de la acción, la antijuricidad y la culpabilidad; y con que la culpabilidad es el único componente del injusto que tiene naturaleza subjetiva.

He aquí, sucintamente expuesta, la concepción que del delito enarbola el profesor Juan Fernández Carrasquilla. Posición que nos merece los más encopetados juicios de estimación y respeto, no sólo por el hecho de provenir de una persona de sus calidades cognoscitivas y académicas, sino por la profundidad y validez de los asertos enunciados por la propia tesis en estudio.

Y hemos querido traer a colación esta concepción doctrinal, porque es precisamente a partir de ella de donde arrancará el análisis que nos hemos propuesto como meta y objetivo en el presente estudio. Es con base en los postulados esenciales de esta posición doctrinal, de donde partiremos para el estudio y análisis que pretende arrojar un poco de luz y orientación sobre la verdadera naturaleza ontológica del elemento síquico especial que en determinados tipos penales es exigido por el legislador; como indispensable para dar vía libre a la existencia jurídica del ente delictual.

Es este, pues, el punto de partida de una monografía que pretende dar por finiquitada una añeja discusión doctrinal, en razón de la cual se encuentran, cara a cara, el mal llamado Dolo Específico, y el Elemento Subjetivo del Tipo, aclarando de paso, que este último reviste una naturaleza ontológica bastante diversa de lo que Fernández Carrasquilla ha denominado el TIPO SUBJETIVO. Así, nos proponemos distinguir uno y otro concepto, señalar por qué son realidades diferentes pero, lo que es más trascendente si se quiere, indicar cuáles son las consecuencias de adoptar uno u otro criterio. No se trata de una discusión de caracteres anodinos, o de practicar aquí unos cuantos ejercicios de lo que el profesor Jesús Bernal Pinzón llamaría de "Gimnasia Intelectual". No. Se trata de una discusión que otorga importantes consecuencias, al tiempo que trascendentales resultados, no sólo desde el punto de vista exclusivamente conceptual, sino desde el ángulo procesal, como más adelante pasaremos a demostrar.

### III.

Y adentrándonos ya en el propósito específico de nuestra monografía, habremos de recordar que los criterios calificadorios de la naturaleza ontológica de la "especial intencionalidad de ánimo" se bifurcan en dos grandes sectores que se disputan la primacía en la solución del tema en comento:

De una parte, figuran quienes sostienen la división conceptual del elemento intencional del Hecho Punible, para quienes existe una importante distinción entre el llamado "Dolo Genérico" y el "Dolo Específico". Y mientras el "Dolo Genérico" se encuadraría dentro de los parámetros indicados por nuestro actual Estatuto

Punitivo en su artículo 36, esto es, está compuesto de intención y voluntad, en abstracto, es decir, como el ánimo dañino que in genere orienta el actuar delictivo del agente; el "Dolo Específico" es la particular intención que mueve a actuar al dicho sujeto activo en tal sentido criminoso. De esta guisa, bastante gráficos resultan ser los paradigmas que nos ofrecen de uno y otro, ciertas figuras punibles dentro de nuestro Código Penal: Ciertamente, mientras el tipo básico del Homicidio (art. 323 C. P.) nos ofrece el nítido ejemplo del Dolo Genérico, en este caso constituido por el propósito de causar la muerte a otra persona; el Tipo Subordinado del Homicidio Pietístico, preceptuado en el artículo 326 C. P., nos trae la materialización normativa de lo que por Dolo Específico entienden los abanderados de la tesis que pretende la bifurcación del Dolo, cuando a ese propósito dañino en abstracto se le adiciona una especial intencionalidad cual es la de "poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable", en donde es conveniente destacar que el Dolo Específico estaría constituido por el propósito de poner fin a esos sufrimientos.

Pero si bien esta teoría puede aparecer como exacta y correcta en un principio, no es menos cierto que algunos de sus conceptos van siendo revaluados, como más adelante pasaremos a exponer, a partir de estudios cada vez más sesudos y profundos por parte de insignes tratadistas del Derecho Penal, y especialmente por parte de aquellos que personalizan ideas "de avanzada", inspirados por la Escuela Dogmática Alemana, para los cuales la existencia del TIPO PENAL o "DELIKSTYPUS", es una verdad indubitable que debe ser analizada con un sentido teleológico y de conjunto, con referencia no sólo a las demás normas penales, sean ellas pertenecientes a la parte general o a la parte especial de los distintos Códigos Penales, y no simplemente, como hasta su aparición se venía haciendo, con criterios exclusivamente exegéticos y gramaticales. Fieles a sus creencias, los representantes de esta escuela, dentro de los cuales cabe destacar por su representatividad al profesor teutón M. E. Mayer, manifiestan que dentro del "Delikstypus" pueden y deben distinguirse varios ELEMENTOS, con los cuales los diversos Tipos Penales, sean ellos Básicos o Subordinados, pueden hacer especial hincapié en aspectos subjetivos, normativos o descriptivos.

Siguiendo las palabras del profesor Servio Tulio Ruiz, podemos predicar que por elementos NORMATIVOS del Tipo, se tienen "aquellos conceptos o juicios de naturaleza jurídica sobre un hecho, los cuales implican un juicio de valoración por parte del juez o del intérprete". (Servio Tulio Ruiz. "Teoría del Hecho Punible". Pág. 186). Como un claro ejemplo de estos elementos, podemos citar el concepto de "intereses usurarios" de que trata el artículo 235 del C.P., al tipificar el Hecho Punible de la "Usura". Sobre qué debe entenderse por "Intereses Usurarios", debe el intérprete realizar una detenida clarificación, a fin de dar a la norma la debida y sana aplicación que su mismo espíritu y teleología exige, so pena de incurrir en desviadas materializaciones de la ley penal. A lo anteriormente expuesto, prudente resultar agregar que esos elementos normativos a que hemos hecho referencia pueden ser tanto de carácter jurídico (cuando la norma debe remitirse en su interpretación a conceptos previamente definidos en otros ordenamientos jurídicos, e incluso dentro de la misma ley penal, o extrajurídico (cuando debe-

mos remitirnos a conceptos esbozados por ciencias pertenecientes a otras ramas del saber).

Por elementos DESCRIPTIVOS del tipo se comprenden aquellos que fijan una especial forma, tiempo o lugar de comisión del respectivo Hecho Punible, según se trate de elementos descriptivos del Tipo, de carácter modal, espacial o temporal.

Finalmente, decimos que los elementos SUBJETIVOS del Tipo "hacen referencia a una especial dirección de la finalidad que persigue el agente y que se refieren a un determinado objetivo o estado de conciencia, voluntad o afectividad del autor". (Servio Tulio Ruiz, Op. Cit. Pág. 187). Sería el caso de la exigencia plasmada por nuestro legislador en el art. 349 del Decreto 100 de 1980, cuando al tipificar el Tipo Básico del Hurto, realiza una específica consideración sobre el propósito que debe orientar el actuar del agente, cual es el de "obtener provecho para sí o para un tercero".

Ahora bien, efectuada esta delimitación terminológica, resulta poco menos que lógico y necesario el auto-inquirirnos: ¿Acaso son, o representan lo mismo, el DOLO ESPECIFICO y el ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO?, es decir, será lo mismo, se derivarán idénticas consecuencias de analizar el "propósito de aprovechamiento" de que se trata en varias figuras delictuales, tales como el Tipo básico del Hurto, o el "ánimo de crear zozobra" de que habla el artículo 187 del C. P. al delimitar la conducta punible del "Terrorismo", como una variante específica del Dolo, que como un elemento subjetivo del tipo?

Sea lo primero anotar que ya hemos aclarado la diferencia que media entre el Elemento SUBJETIVO DEL TIPO y el TIPO SUBJETIVO, cuando efectuábamos una síntesis ilustrativa de la posición del Doctor Fernández Carrasquilla, pues mientras que el primero se contrae a una especial intencionalidad de ánimo que en determinados eventos debe y tiene que acompañar la acción del sujeto activo del punible, el segundo se identifica con el "Tipo de Culpabilidad" o, lo que es lo mismo, con los aspectos interno-subjetivos que deben predicarse con referencia a la conducta del agente, en aras de encuadrarla dentro de alguna de las formas propias de la culpabilidad que, según los expresos pronunciamientos de nuestro legislador, no son otras que las del Dolo, la Culpa o la Preterintención.

En segundo término, resaltemos que ya nuestro actual Código Penal se ha adherido a la posición estructural del Hecho Punible imbuida en la Dogmática Alemana, para la cual, como lo recordásemos anteriormente, éste no es más que la "Acción Típica, Antijurídica y Culpable". (Aunque, de seguir de cerca la posición doctrinal de Fernández Carrasquilla, llegaríamos a que el Hecho Punible sería la "Acción Típicamente Antijurídica y Culpable, lo cual representaría singulares variaciones y consecuencias respecto de la actual posición del Hecho Punible. Empero, no es ese el punto de nuestra monografía, razón por la cual sólo hacemos mención de tal eventualidad, dejándolo a la consideración personal del autor, y situándolo como un potencial tema para una futura investigación). De acuerdo con ello, habremos de aclarar que, de afiliarnos a la posición que defiende la supervivencia del Dolo Específico, sería este un punto que sólo habría de analizarse,

luego de evaluados los componentes precedentes de la tipicidad y antijuricidad; y que de afiliarnos a la escuela que enarbola la existencia de elementos subjetivos estructurales dentro del Tipo Penal, sería el primer aspecto que, dentro del análisis axiológico que es menester adelantar en pos de determinar si una determinada conducta humana encaja dentro de los parámetros del Injusto Típico, debiésemos desplegar.

En el primer evento, el camino desbrozado nos conduciría, al menos potencialmente, desde el punto de vista estrictamente teórico, como hemos convenido en señalar, a conductas típicas y antijurídicas, pero quizá no culpables, habida cuenta que ese pretendido actuar delictual carecería de una especial intención de ánimo, delineada por el legislador como punto fundamental dentro del injusto típico así configurado: Al ser esa especial intencionalidad de ánimo una especie del Dolo, la ausencia del mismo concepto nos llevaría a tratar conductas que revestirían los caracteres de típicas y antijurídicas, pero no serían culpables, toda vez que carecerían del elemento síquico que es indispensable para emitir, respecto de una conducta, el juicio de reprochabilidad. En el segundo de los eventos planteados, la dicha dilucidación podría quedar finiquitada de entrada, al momento de estudiar el aspecto concerniente a la Tipicidad: Al no estimar esa especial intencionalidad de ánimo como una variante específica del Dolo, sino como un elemento estructural del Tipo, debe entonces sopesarse dentro de la fase correspondiente a la Tipicidad, y en la hipótesis de no resultar consecuente con la misma, no sería ya menester estudiarlo con referencia a los aspectos subsiguientes de la Estructura misma del Tipo Penal, esto es, en los acápites concernientes a la antijuricidad y la culpabilidad, toda vez que el no amoldamiento de la conducta a los cánones de los procederes pretermitidos por ley penal, haría superfluo cualquier análisis posterior, desde la visual de la Ley Penal, concretamente hablando.

#### IV.

Hasta esta altura de nuestra exposición, sólo hemos indicado los parámetros conceptuales sobre los que se desplaza nuestra sistematización del tema en tratamiento. De esta manera, hemos partido de la posición del profesor Juan Fernández Carrasquilla, la que nos ha servido de fundamento para indicar que "el único componente del injusto que tiene naturaleza subjetiva y depende por tanto de la capacidad subjetiva del agente" es el de TIPO SUBJETIVO, esto es, el de la Culpabilidad, como bien creemos haberlo explicado. A continuación, hemos expuesto brevemente el contenido de ambos conceptos, vale decir, el Dolo Específico y el Elemento Subjetivo del Tipo, mostrando a renglón seguido la diferencia inicial de asumir una u otra visualización del tema, y con ello, el punto de la estructura del delito en el cual deben estudiarse, según la posición adherida.

Pero no se trata aquí, luego de exponer y estudiar estos conceptos fundamentales dentro de la dogmática del moderno Derecho Penal, de analizar o resolver un simple problema de pura Filosofía del Derecho. Nada más lejos de la realidad. Se trata de situaciones que tienen su trascendencia en el campo de la interpretación y aplicación de las leyes penales; de realidades que, como hemos explicado, tienen

sus diferencias de contenido y que, consecuentemente, deben tener, como en efecto lo tienen, diversas conclusiones y efectos, en el mundo del orden jurídico.

Y partiendo de la distinción existente entre los conceptos en tratamiento, habremos de desbrozar el intrincado camino que nos conduzca a dilucidar la verdadera entidad del mal llamado Dolo Específico. Esto por que si, en verdad, el Dolo Específico es un Dolo, debe ser Dolo independientemente de las demás consideraciones que en un momento determinado haya hecho el legislador, respecto de la conducta inicialmente considerable como punible, conforme a los sanos criterios que deben presidir la regulación y normación de la vida en sociedad, en constante interrelación con otros sujetos titulares de bienes que, en razón de su especial entidad e importancia respecto de existencia misma de la sociedad como tal, se elevan a la categoría jurídica de objetos tutelados jurídicamente, a través de normas que propenden a su salvaguardia y protección, habida cuenta que un ataque a los mismos comporta un ataque a los cimientos propios de la vida societaria en general.

Con el anterior planteamiento no queremos expresar más que si en verdad el Dolo Específico es un Dolo, debe ser dolo autónomamente, es decir, con prescindencia de la tipificación supletoria de la conducta considerable como punible, y estatuida por el legislador como protector por excelencia de los principios básicos que se exigen para la sana convivencia social. Así, si el Dolo Específico pretende ser un Dolo, el propósito de aprovechamiento de que hemos venido hablando, como referido a la particular intencionalidad de ánimo que debe acompañar al agente en el desarrollo de conductas punibles varias, debiera ser PER SE, un Dolo, con miras a satisfacer ese requisito por nosotros enunciado.

Y, de contera, apreciamos que ello no opera en la forma exigida. Prima Facie observamos que ese simple "propósito de aprovechamiento" no reviste, por sí sólo, el conocimiento y la voluntad dañosa referida al acto, de manera siquiera mínima, a efectos de confluir a la cabal estructuración de esa forma de culpabilidad que constituye el Dolo. De otra parte, "propósito de aprovechamiento" lo tiene todo comerciante que se precie de ser tal y, de esta manera, no podríamos sostener que con relación a ellos se opera una variante de culpabilidad, como es la del dolo, en todas y cada una de las operaciones y transacciones mercantiles que efectuasen en desarrollo de su profesión u oficio.

De esta guisa, nos encontramos que el propósito de aprovechamiento, y con él, todos los modelos que de "Dolo Específico" pudiésemos encontrar dentro de nuestro actual Código Penal, no configuran de por sí una especie del Dolo, toda vez que ellos, por sí solos, y sin referencia a una determinada conducta previamente estimada como merecedora de una comunicación bajo amenaza de pena por parte del legislador, no son Dolo.

En palabras del ilustre profesor Luis Jiménez de Asúa, podríamos decir que "no puede hablarse de Dolo Específico, porque es imposible construir el mal llamado Dolo Genérico. Todo Dolo, al conectarse con la imagen rectora del Tipo, se adapta a ella exactamente y constituye un tipo de culpabilidad". Y remata su certera apreciación, diciendo: "El llamado Dolo con intención ulterior, que es el que ex-



presa un fin, así como el animus que ciertos delitos exigen (. . .), no son propiamente dolos con intención ulterior, sino elementos subjetivos de lo injusto". (Luis Jiménez de Asúa. "La Ley y el Delito", Pág. 366).

En síntesis, no podemos llamar dolo lo que autónoma e independientemente no lo es, todo ello con referencia a planteamientos tales como los practicados por nosotros en las líneas inmediatamente anteriores.

## V.

Una vez explicado el por qué de nuestra exposición, en virtud de la cual, apoyados en el amplio sector de la doctrina jurídico penal, no debe denominarse ni concebirse o entenderse como dolo, lo que per se no lo es, queremos adentrarnos más en el tema trazado, a efectos de indicar varios puntos de nuestro ordenamiento jurídico, y concretamente dentro del ámbito de las normas penales, en las cuales se hace palpable la conveniencia de adoptar la tesis defensora del Elemento Subjetivo del Tipo, desechando, de una vez por todas, la tradicional visualización del Dolo Específico. Y en refuerzo de nuestro parecer así enunciado, habremos de arrimarnos al análisis crítico de puntos concretos que nos demuestran y certifican la certeza, la conveniencia y la justeza de las conclusiones hasta aquí obtenidas.

Y continuando con el estudio de los lineamientos fundamentadores de nuestra actual regulación penal, habremos de arribar al siguiente cuestionamiento: "Hecho Punible" habrá de ser necesaria e indefectiblemente la conducta típica, antijurídica y culpable de que nos habla el artículo 2o. del C.P. ?; se contraerá tal concepto a las significaciones aparentemente inequívocamente plasmadas por nuestro legislador, en tan diáfana norma jurídica?.

A este respecto, cuestión bastante procedente resulta el recordar que con atinencia a los inimputables, que de acuerdo con el mismo Estatuto Punitivo Nacional, son aquellos que "en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere(n) la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa incomprensión, por inmadurez sicológica o transtorno mental" (Art. 31, C.P.), la fase de la Culpabilidad, no debe tratarse, siempre que la Imputabilidad es presupuesto de la Culpabilidad, y sin el presupuesto de la Imputabilidad, mal haríamos en pretender dar cabida al estudio del Juicio de Reprochabilidad. Además, sabido es que el Dolo comprende el conocimiento del Hecho Punible y la voluntad referida a su materialización, y al inimputable, no podemos pasarlo por alto, o le falta el conocimiento o le falta voluntad para determinarse acorde con esa eventual comprensión.

Y siguiendo estas ideas, forzosamente habrá de colegirse que para los Inimputables, el Hecho Punible no sería más que la Acción Típica y Antijurídica, toda vez que a ellos no puede deducírseles el Juicio de Reprochabilidad, puesto que carecen del presupuesto esencial del mismo, cual es la imputabilidad.

Plasmada la polémica entre el Dolo Específico y el Elemento Subjetivo del Tipo, al caso concreto de los Inimputables, tendríamos que en el evento de sindicarse a

uno de estos sujetos de la comisión de un Hurto, por ejemplo, el tratamiento que se le brindaría en el caso de acoger una u otra posición, sería del siguiente tenor:

De acoger la tesis del Dolo Específico, tendríamos que verificar que se trate de una acción típica y antijurídica, para poder analizar el elemento cognoscitivo que acompañó, o debió acompañar, su actuar criminoso, a fin de poder determinar si con el inimputable en cuestión concurrió un Dolo Específico, como en el caso concreto del propósito de aprovechamiento de que se trata en el Tipo Básico del Hurto (Art. 349. C. P.). Empero, semejante tratamiento daría lugar al siguiente problema: O con referencia suya damos por sentado que tenían el propósito de aprovechamiento, habida cuenta que no podríamos tratarlo como un Dolo Específico, puesto que a ellos no puede conjugárseles el componente de la Culpabilidad, como ya lo hemos explicado, y al ser el Dolo una forma de la Culpabilidad, llegaríamos a la alternativa de tener que presumir respecto del inimputable la existencia de ese propósito de aprovechamiento, lo que estaría proscrito de toda aplicación y hermenéutica de las leyes penales, según la doctrina universal; o de sostener que respecto de los inimputables el Hecho Punible es la acción típica y antijurídica, que no culpable, puesto que carecen del presupuesto indispensable de la imputabilidad, pero que eventualmente podría llegar a ser la acción típica y antijurídica, al tiempo que culpable, en la virtud del Dolo Específico que en ellos se ha deducido a título de presunción, lo que es un perfecto absurdo, o mejor, un estupendo adfeso jurídico.

De seguir, pues, está corriente doctrinal, nos veríamos situados frente a la dicotomía del absurdo, propia casi que de la literatura Kafkiana, que no de literatura jurídica como se supone debe ser la que oriente la interpretación y aplicación de las normas penales; y esa dicotomía sería la de decir, o que la suya es una acción, típica y antijurídica, sin culpabilidad, pero con dolo específico; o a decir, que la suya es una acción típica y antijurídica, sin culpabilidad, pero respecto de la cual se presume el propósito de aprovechamiento, o, en términos globales, el Dolo Específico, todo lo cual no es más que un perfecto absurdo.

De otra parte, la injusticia se elevaría a la categoría de tipo penal, cuando, de seguir esta corriente, evaluásemos con criterios diferentes y parcializados el Hurto cometido por un imputable, y el Hurto materializado por un inimputable. Esto por que respecto del imputable, sería perfectamente posible analizar el elemento culpabilidad, y con ello, el potencial Dolo Específico que acompañó su actuar delictual; al paso que al inimputable no se le brindaría tal oportunidad, siempre que a él le falta la imputabilidad, que es presupuesto de la culpabilidad, con la consecuente dicotomía Kafkiana del absurdo: Aún en el evento de faltarle el Dolo Específico, lo que es cuestión indudablemente posible, llegaríamos al error de que sería merecida una medida de seguridad que sancionara ese proceder desviado, lo que seguramente no hubiese traído como consecuencia la imposición de una pena, de haberse tratado del Hurto cometido por una persona imputable, ya que al podersele analizar a ella la fase de la Culpabilidad, allí sería fácil constatar la ausencia de tal requisito de intencionalidad dañosa.

Esta desatinada monserga jurídica se corrige y endereza, cuando la posición

prohijada es la del elemento subjetivo del tipo, pues en ella el primer segmento a evaluar, dentro del juicio axiológico que debe realizar el intérprete en el tortuoso sendero que conduce hasta la calificación de una conducta como contraria a Derecho, y por tanto, merecedora de una determinada sanción o castigo, y ya no más el último, sería el atinente a la especial intencionalidad que llevaba el agente al momento de actuar, tal como en efecto lo hizo, en cuya ausencia la desestructuración conceptual del Tipo sería más que evidente, y sólo procedería la vía de la absolución, como el camino válido y certero para afrontar la conducta sub iudice frente al ordenamiento normativo de un Estado ajustado a los cánones del Derecho, no sometido a los quereres o caprichos del dictador o tirano del momento, sino a los más altos y perdurables designios del Estado liberal y auténticamente democrático.

En síntesis, de enarbolar las banderas de la corriente doctrinal que postula la existencia fáctico-jurídica de el elemento subjetivo del tipo, de no concurrir con el Agente del respectivo Hecho Punible y su actuar, una especial intencionalidad dañosa que forma parte esencial e imprescindible del Tipo Penal, dicho Tipo Jamás se habría estructurado a cabalidad, y faltando ese elemento Tipicidad, que el profesor Fernández Carrasquilla denominaría el "Injusto Típico", superfluo y anodino resultaría adentrarnos en los aspectos subsiguientes de la Antijuridicidad y la Culpabilidad.

En consonancia con lo anteriormente expuesto, vemos como con la invaluable ayuda de los aportes academicistas desarrollados por la Dogmática Alemana sobre la noción del Hecho Punible, se corrige un lamentable e imperdonable error en la aplicación de las normas jurídico penales, y que se cometía bajo los auspicios de las enseñanzas de las Escuelas Tradicionales, a efectos de colegir, como lo hemos hecho, que no hay necesidad ni conveniencia en acudir al desdoblamiento del Dolo: El Dolo es uno sólo, compuesto de Conocimiento más Voluntad, tal como lo estima expresamente el artículo 36 del Código Penal, al tiempo que podemos predicar que los inimputables también pueden observar especiales motivaciones al momento de la comisión fáctica de un singular Hecho Punible. No debe hablarse más de Dolos Genéricos y Específicos, tal como desatinadamente lo ha venido haciendo un amplio sector del seno doctrinal nacional, y mucho menos puede seguirse identificando el mal llamado Dolo Específico con el Elemento Subjetivo del Tipo, puesto que el Dolo es uno solo, al tiempo que un concepto enteramente diverso de los elementos que integran el Tipo Penal. Además, no deben cometerse más injusticias con aquellos que por determinadas condiciones o circunstancias exógenas o endógenas, pueden ser abstraídos por los rubros delimitantes del especial estado de inimputabilidad, a quienes se ha condenado a medidas de seguridad por hechos que, conjugados respecto de una persona de la cual pueda conjugarse la imputabilidad, presupuesto indispensable de la Culpabilidad, le darían el beneficio de la absolución jurisdiccional, dando con ello un tratamiento odioso y discriminatorio a quienes por excelencia debiera tratar con singular esmero y cuidado el Legislador.

VI.

Sabido es por todos aquellos profesionales del Derecho que han dedicado lo

mejor de sus esfuerzos y conocimientos al ejercicio de la profesión dentro del vasto e intrincado campo del Derecho Penal, que no basta con ser un gran teórico o un científico iuspenalista, si a esos conocimientos en potencia no se adiciona un profundo dominio de las normas que regulan la práctica y desarrollo del proceso penal, vale decir, que tan importante como el estudio del Derecho Penal Fundamental, resulta ser el conocimiento y dominio de las normas procedimentales, es decir, del conjunto normativo que se ocupa de disciplinar el Proceso Penal.

En este sentido, podemos aseverar, sin temor a equívocos, que ambos ordenamientos jurídicos se sitúan dentro del mismo peldaño, dentro de la escala axiológica que pretende establecer el orden jerárquico de importancia de los diversos órdenes jurídicos. Así, y trayendo esta anotación al tema propuesto, llegamos a sostener que es cuestión de capital relevancia el buscar las potenciales consecuencias y diferencias que la distinción por nosotros planteada, explicada y certificada, pueda tener en el ámbito del Procedimiento Penal.

En efecto, somos del parecer que también aquí habrán de notarse las trascendentales consecuencias que se derivan de asumir una u otra filiación doctrinal. Y en este punto, permítasenos transcribir literalmente el contenido preceptuado por el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, el que reza: "Artículo 163. AUTO DE CESACION DE PROCEDIMIENTO. En cualquier estado del proceso en que aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o **que la ley no lo considera como infracción penal**, o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse, el juez, previo concepto del Ministerio Público, procederá, aún de oficio, a dictar auto en que así lo declare y ordene cesar todo procedimiento contra el procesado.

El auto a que se refiere el inciso anterior debe ser consultado". (Subrayas fuera del texto).

Ahora bien, con la transcripción literal de este artículo no pretendemos más que traer a colación una de las causales que expresamente han sido consideradas por el legislador, como meritorias para efectuar la ordenación de la cesación de todo procedimiento en contra del sindicado, y esa causal no es otra que la que indica que la "ley no lo considera como infracción penal". Y es que tradicionalmente se ha entendido que con esta causal el legislador sólo se refería a determinadas conductas que, en su integridad, no habían sido tipificadas como punibles por parte del legislador, o como lo denominara algún connotado autor, a la "Inexistencia Jurídica", en razón de la cual, "el hecho existió, que la persona a quien se le imputa lo cometió, pero la ley no lo considera delito". (Gilberto Martínez Rave. "Procedimiento Penal Colombiano". Pág. 280).

El problema es que tal parecer interpretativo de la norma en tratamiento es seguido por la gran mayoría, por no decir que por todos los estudiosos de los aspectos procedimentales del Derecho Penal. Y más preocupante resulta ser el hecho de que usualmente se trae como ejemplo de esta causal que fundamenta la aplicación de esta norma, el que a renglón seguido plantea el Profesor Martínez Rave, cuando dice que "ejemplo clásico ha sido el del adulterio. Se comete en verdad el

hecho y así se establece; está suficientemente probado que el cónyuge señalado cometió esa acción, pero como el Código Penal actual (. . .) no califica como delictuosa esa conducta, no puede iniciarse o adelantarse el proceso, pues para la ley penal, ese hecho es indiferente, es decir, no delictuoso". (ibídem).

Triste exégesis de una norma que en nuestro sentir contiene más amplias aspiraciones que las de servir exclusivamente para el caso en que se syndique a algún cónyuge, un tanto alebrestado, de la comisión de adulterio, el que, por lo demás no recibiría ninguna sanción, desde la visual del Derecho Penal, al menos. No. Somos del parecer que esta norma, y concretamente esta causal del Auto de Cesación de Procedimiento fue estatuida con miras a la pronta y total desvinculación procesal de todos aquellos que eventualmente se viesen sindicados de la comisión de una conducta que, EN UNO U OTRO SENTIDO, fuese susceptible de ser considerada como indiferente para el Derecho Penal, esto es, como no delictiva.

Esa consideración de una conducta como indiferente para el ordenamiento punitivo, como no delictuosa, no sólo se daría, a nuestro modo de entender las cosas, cuando se presentase lo que Martínez Rave denomina "Inexistencia Jurídica", vocablo que por lo demás nos parece como más propio para la calificación o sanción legal del acto jurídico, a nivel de la Teoría General del Derecho, sino también cuando una determinada conducta no encajase total y perfectamente dentro de los moldes legales ideados por el Legislador, para señalar con ellos los linderos que separan las acciones lícitas de las ilícitas.

Visto así el punto, no sólo habría lugar a la aplicación del Auto de Cesación de Procedimiento con base en la causal según la cual, la ley no considera esa conducta como delito, cual sería el caso del adulterio, sino que ello sería igualmente procedente toda vez que la conducta observada por quien para ese entonces habrá asumido la categoría de Agente Delictual, no se amolde in integrum al Tipo Penal respectivo, como podría ser el caso en que faltase algún elemento de carácter normativo, descriptivo o subjetivo a dicha conducta, respecto a las descripciones legales.

Y llevando estas anotaciones al punto central de nuestra monografía, obviamente aplicando todas estas consideraciones a la teoría esbozada hasta este momento de nuestra exposición, tendremos situaciones de la siguiente raigambre:

Si ese contenido síquico especial que se entroniza dentro de determinadas figuras típicas, y al que hemos venido haciendo reiteradas menciones, se sopesa como Elemento Subjetivo del Tipo, sería dable solicitar al funcionario competente, la aplicación del artículo 163, "en cualquier estado del proceso" en el cual pudiese acreditarse la ausencia de tal ánimo específico por parte del Agente, con miras al Tipo Penal que en concreto estudie el investigador penal adelantado: En cualquier momento procesal en que pudiese demostrarse que al Agente le faltó el "propósito de aprovechamiento" de que habla el artículo 349 del C. P. al tipificar el Tipo Básico del Hurto, oportuno sería dar cumplido efecto al Auto de Casación del Procedimiento del artículo 163 del C.P., puesto que al ser ese elemento subjetivo, parte estructural del Tipo, su no concurrencia acarrearía una desestructuración

conceptual del tipo penal en tratamiento, con lo cual podría llegarse a decir que la ley penal no considera que esa conducta sea delito: Si esa conducta no se identifica plenamente con la descripción que del Tipo hace la ley penal, nos vamos a encontrar con que la ley no lo considera delito, puesto que nunca se ha estructurado el tipo penal, razón más que suficiente para que al sindicado pueda beneficiarse con la aplicación del Auto de Cesación de Procedimiento, con base en que la ley no considera que esa acción sea delito, puesto que le faltó el elemento subjetivo que era imprescindible para la cabal, total y necesaria configuración de lo que en un momento determinado el legislador estimó como contrario a los postulados fundamentales de la sociedad y, por tanto, como merecedora de castigo penal.

En cambio, si esa particular intención síquica, como sería el caso del "propósito de aprovechamiento" de que se trata en el Hurto, fuese analizado como un Dolo Específico, no sería procedente ni solicitar ni conceder tal Auto de Cesación de Procedimiento con base en el mismo planteamiento anteriormente formulado, puesto que la ley sí lo consideraría delito, habida cuenta que ese propósito de aprovechamiento no se miraría como parte del componente Tipicidad, sino de la Culpabilidad, lo que únicamente vendría ser evaluable en una providencia de fondo, vale decir, en una providencia dentro de la cual se diseccionase minuciosamente la forma de culpabilidad que concurrió en el Agente al momento de la comisión del hecho motivador del investigativo correspondiente. Y ello sólo sería procedente en alguno de los autos interlocutorios que se profiriesen dentro del expediente penal, como serían los casos del Auto de Proceder y la Sentencia misma; providencias que, como bien es sabido, tienen demarcada claramente la oportunidad en la cual pueden ser dictadas dentro de la tramitación procesal.

He aquí, pues, una gran diferencia entre el Dolo Específico y el Elemento Subjetivo del Tipo, en esa ocasión formulada sobre consideraciones procesales, a partir de las cuales se aprecia fehacientemente la conveniencia, tanto para el procesado como para la sana y recta Administración de Justicia, de mirar este especial contenido síquico direccional como Elemento Subjetivo del Tipo, en lugar de continuar haciéndolo como Dolo Específico.

## VII.

No basta con señalar que dos realidades son diferentes. Como tampoco es suficiente indicar por qué esas dos realidades deben ser, o en su caso, son diferentes. Creemos que cuando se distingue entre dos categorías conceptuales, lo más importante es subrayar las consecuencias y la conveniencia de la mencionada clarificación conceptual o terminológica.

Y es esto precisamente lo que ha impulsado y animado nuestro esfuerzo. El ofrecer una luz que ilumine tenuemente, al menos, el oscuro sendero de la conceptualización de los fenómenos jurídicos que se plantean a partir de nuestro ordenamiento positivo y que, como lógico corolario, se plasman en decisiones jurisdiccionales que, por excelencia, conllevan el sello de credibilidad e inmutabilidad que les depara la Cosa Juzgada.

No es posible, dentro de lo humanamente exigible, que la ley, como fruto de seres humanos, con sus virtudes y defectos, sus aciertos y errores, lo prevea todo, y menos, que lo haga de manera certera, justa y equitativa. Es imperativo, entonces, el despliegue de las fuerzas investigativas no sólo de los falladores o juzgadores, sino de los abogados litigantes y de todo aquél que se precie de vivir dentro de un Estado sometido a unas normas legales que le indican, no sólo el límite superior de los campos en que puede intervenir, sino también el límite inferior de las materias en donde hace imperativa su actuación. De esta suerte, la correcta y sana interpretación de la Ley, y más concretamente de la Ley Penal, es un deber social que debemos asumir todos aquellos que, de una u otra manera, somos partícipes del conocimiento, al menos somero y superficial, de los derechos y garantías ciudadanas frente al Estado Intervencionista, al tiempo que contralores perennes de la actuación de los órganos encargados de la administración de Justicia en nuestro medio.

Hay tanta injusticia cuando no existen leyes, como cuando éstas existen pero son torcidamente aplicadas, bien por que ello se deba a interpretaciones acomodaticias, bien por que ello sea manifestación de desconocimiento por parte de la ley, y las normas jurídicas, en general, por parte de quienes, por antonomasia, deben ser los fieles gestores de tan gravoso trabajo, cual es el caso de todos aquellos que, por variadas razones, se han convertido en depositarios de conocimientos jurídicos mínimos, en virtud de estudios a los que el grueso de nuestra desválida población, de nuestros compatriotas y hermanos, no ha tenido ni puede tener acceso, por razones que no creemos del caso discutir.

De cualquier manera, este no es más que un ínfimo aporte del autor, en aras de la cabal interpretación y consecuente aplicación, de las normas jurídico-penales que regulan el comportamiento dentro de nuestra maltratada sociedad colombiana, al tiempo que un llamado a la investigación, que tiene por destinatarios a todos aquellos que se ven diariamente vinculados a la vivificación de las leyes y normas que, a decir del profesor Recasens Siches, se erigen como Vida Humana Objetivada, último bastión de las garantías ciudadanas que es preciso defender con ansias de superación social y, para el caso concreto de nuestro trabajo, de Dogmatización del ente jurídico que es, a decir de Carrara, el Delito.

EL AUTOR

Medellín, Octubre 2 de 1983