

CONCIENCIA DE ANTIJURIDICIDAD*

DIANA ALEXANDRA CORTES RIVEROS¹
MONICA ALEXANDRA CORTES RODRIGUEZ²

Tratándose de acciones no permitidas, no hay objeto de error o desconocimiento que sea más importante que, precisamente, su carácter de no permitidas.

Karl binding, Die Normen und ihre Übertretung ii

RESUMEN

A través de este artículo se hizo un análisis del concepto de conciencia de antijuridicidad, revisando los diferentes alcances que se le han dado a esta noción a lo largo de la historia pasando por distintas teorías, así como también las modalidades que logran excluirlo. Siendo obligatorio mencionar las implicaciones relativas a la objeción de conciencia y a las consideraciones que al respecto ha señalado la Corte Constitucional de Colombia en casos en los que aunque se ha encontrado probada la conciencia de antijuridicidad, expresamente advierte que no se puede hablar de responsabilidad, pues no se pueden desconocer los principios fundantes del Estado actual ni los derechos fundamentales de todo el conglomerado social, es decir, entendiendo que no solo a nivel nacional sino también a nivel internacional en razón al

* Ejercicio de obtención de grado en la Especialización de Procesal Penal, Constitucional y Justicia Militar . Universidad Militar Nueva Granada

¹Abogada Especialista en Derecho Público Económico de la Universidad Sergio Arboleda, Fiscal Dirección Seccional Cundinamarca y Amazonas.

²Abogada, Investigador Criminalística del Cuerpo Técnico de Investigación (C.T.I) Seccional Cundinamarca y Amazonas.

bloque de constitucionalidad, resulta indispensable el respeto absoluto de la Dignidad Humana y la Libertad de Pensamiento, que desde algún punto de vista puede dificultar en la práctica la toma de decisiones de los operadores jurídicos pues debe hacerse un balance estricto respecto a los posibles efectos que causará la toma de una decisión que comprometa los elementos antes mencionados, ello por cuanto se hace necesaria la constante reformulación y expansión del Derecho Penal, sobre todo en lo que tiene que ver con la teoría del delito, tratando siempre de cubrir las deficiencias, otorgándosele al ciudadano siempre las debidas garantías como ser humano.

Palabras clave: Objeción de conciencia, Error de Prohibición, Modalidades de la Conciencia de Antijuridicidad.

ABSTRACT

Through this article, an analysis of the concept of consciousness of illegality, reviewing the different scope that has been given to this notion throughout history through different theories, as well as the procedures that achieve exclude. Being mandatory to mention the implications for conscientious objection and considerations about noted Colombia 's Constitutional Court in cases found that although awareness of illegality proven , explicitly warns that you cannot talk about responsibility, because cannot ignore the current state founding principles and the fundamental rights of all the social structure, namely, understanding that not only nationally but also internationally due to the block of constitutionality, it is essential to absolute respect for the Human Dignity and Thought Freedom, which from some point of view in practice can hinder decision making legal operators to be weighed as strict about the possible effects that result in a decision that jeopardizes the above elements , this is necessary because the constant

reformulation and expansion of criminal law , especially when it has to do with the theory of crime , always trying to fill gaps , granting the citizen always fair human being.

Keywords: Conscientious objection, Prohibitionfailed, Modalities Illegality
Consciousness.

INTRODUCCION

Con el avance en el reconocimiento que el ser humano tiene la capacidad de razonar y discernir al momento de actuar y por lo tanto sus comportamientos vienen dirigidos por la voluntad y la conciencia de manifestar ese querer, concepto que se define como libre albedrío, se modifica el paradigma para determinar lo injusto o no del hecho y se hace entonces un reproche de la conducta delictiva, no solo desde el punto de vista material, sino también apreciando el aspecto subjetivo, que comprende entre otros elementos la posibilidad del autor de tener o poder acceder al conocimiento para establecer si su actuación resulta ser contraria a derecho, lo que se ha denominado como conciencia de la antijuridicidad.

Este tema abarca situaciones complejas como la objeción de conciencia que merecen ser analizadas en punto a su validez en un ordenamiento jurídico, que garantiza el libre pensamiento. Para lo cual es válido sostener que se plantearan y en lo posible se resolverán las siguientes preguntas ¿Cuáles son las características que reviste la conciencia de la antijuridicidad? ¿Qué teoría resulta aplicable en el caso colombiano? ¿Cómo debe analizarse desde el punto de vista de la objeción de conciencia?

Preguntas que serán resueltas a través de los métodos de investigación descriptivo y analítico, tanto de la doctrina nacional como internacional y de los pronunciamientos jurisprudenciales de las altas corte colombianas, obteniendo de esta forma la consecución del objetivo así planteado: Identificar las principales características de la conciencia de antijuridicidad en el tratamiento jurídico colombiano.

1. Antijuridicidad

El derecho penal ha avanzado junto con los nuevos criterios del pensamiento humano y es así como transitamos de un sistema causalista donde se reprocha la modificación del mundo exterior, calificado como delito, y lo subjetivo estaba relegado a la culpabilidad entendida como nexos psicológicos, bien fuera directo, como intención (dolo) e indirecto como imprevisión de lo previsible denominado (culpa), para luego pasar a un juicio de reproche; así el dolo se compondría por el conocimiento de los hechos y por la voluntad de realizarlos.

Ya con el esquema finalista, la culpabilidad como reprochabilidad pretendió ser una teoría normativa pura de la culpabilidad. La culpabilidad se integra así por la capacidad de culpabilidad que no es otra cosa que la imputabilidad, esbozándose los siguientes postulados: 1. Capacidad de Culpabilidad, 2. Conciencia de la antijuridicidad y 3. Exigibilidad de otra conducta; en conclusión la culpabilidad no sería más que el reproche que se hace de la conducta de un individuo que actuó típica, antijurídica y culpablemente en tanto tenía capacidad de culpabilidad, actuó con conciencia de la antijuridicidad y por supuesto como le era exigible otra conducta de conformidad con el derecho es decir estaba ante la posibilidad de llevar a cabo una conducta alternativa al amparo de la norma, es decir, tenía el poder de actuar de manera diferente y no lo hizo.

Es bueno desde ya establecer la diferencia entre culpabilidad y principio de culpabilidad, puesto que ante la sinonimia de las palabras, pueden llegar a confundir su significado y objeto, las cuales en un sistema causalista podría coincidir, pero ya en la dogmática finalista, donde lo subjetivo ya no se estudia exclusivamente en la culpabilidad, sino también en otra categoría como lo es el de la tipicidad:

La expresión dogmática del principio de culpabilidad coincidía de una manera formal con el principio de culpabilidad, pues su realización tenía plena efectividad en el ámbito de la tercera categoría dogmática, salvo, claro está, lo referente a los ingredientes subjetivos del tipo. Lo anterior significa que la demostración del dolo y la culpa involucran elementos ubicados en un plano de la categoría dogmática de la culpabilidad, por lo que el examen probatorio en cuanto a este punto, coincidía en un todo con el objeto a demostrar.

Especialmente es considerada tal visión cuando se trata de la demostración del dolo, pues los elementos cognitivos, volitivos y valorativos se expresan en el mismo plano dogmático; es decir, la demostración de lo referido a las representaciones del hecho, se hacía a la par con la demostración de la conciencia de la antijuridicidad. Con el finalismo, tal situación cambia, habida cuenta que el principio de culpabilidad, plásticamente hablando, se difumina a través de las categorías dogmática de tipicidad y culpabilidad.

En la primera, tratándose del delito doloso, queda representada por el tipo subjetivo que involucra al dolo y a los elementos subjetivos del tipo, cuando se exigen; en la culpabilidad quedan la capacidad de culpabilidad, la conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta. Cuando se trata de los delitos

imprudentes la tipicidad encarna la infracción al deber objetivo de cuidado y la culpabilidad la infracción al deber subjetivo de cuidado, en cuyo seno se estudia la culpa consciente e inconsciente (Gómez, 2011, p. 101).

Para lo cual resulta válido mencionar lo que esboza el profesor Jakobs (1993) al respecto:

El principio de culpabilidad significa que la culpabilidad es un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal. A su vez, la culpabilidad es el resultado de una imputación reprobatoria, en el sentido de que la defraudación que se ha producido viene motivada por la voluntad defectuosa de una persona (p. 125).

El anterior concepto es válido en nuestro ordenamiento jurídico, así lo expresa el profesor Velásquez (2004) al señalar que:

Los presupuestos sobre los cuales descansa el juicio de culpabilidad son los contenidos en el artículo 33, inciso 1°, del Código Penal: La capacidad de comprender la ilicitud del acto y la capacidad de autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión, por lo cual, si falta uno cualquiera de ellos, o ambos al mismo tiempo, no se puede emitir en contra del agente ningún juicio de responsabilidad penal; en otras palabras: es culpable quien tiene la posibilidad de comprender las exigencias normativas y de conducirse o motivarse de acuerdo con dichos dictados. Esto significa, a contrario sensu, que no es culpable o responsable quien . dadas las circunstancias de orden personal y social concretas en las que realiza el injusto (conducta típica y antijurídica) . se

encuentra en imposibilidad de decidirse conforme a las exigencias del derecho (p. 391).

Así las cosas, se ubica la conciencia de antijuridicidad en el concepto de culpabilidad, valiéndose para aclarar que la conciencia actual en la dogmática neoclásica implica que cuando el sujeto está realizando el comportamiento delictivo en su mente está presente, sabe que está contraviniendo al derecho, fundándose entonces en lo que se conocía como una ética del conocimiento, esto es, que a nadie se le puede censurar ni reprochar si no ha tenido conocimiento de lo que está haciendo.

La jurisprudencia colombiana ha señalado cómo se evoluciona de un sistema causal al finalismo de la acción, y en punto específico de la conciencia de la antijuridicidad señala:

Parte central del debate ha sido el tema relacionado con el dolo. Debe precisarse que, al respecto, se ha superado el esquema clásico del causalismo (propio de los estatutos penales de 1980 y anteriores), conforme con el cual el dolo, la culpa y la preterintención estructuraban las formas de culpabilidad. En otras palabras, la culpabilidad era y se agotaba en el dolo, la culpa y la preterintención. El dolo era entendido como conocimiento (de los elementos de la conducta punible), voluntad de su realización y conciencia de la antijuridicidad del comportamiento./ El legislador del año 2000 (Ley 599) adoptó un concepto en algo finalista de la acción y, así, el dolo, la culpa y la preterintención pasaron al tipo, a formar parte de la acción (el denominado tipo subjetivo), pero ese dolo que, se dice, el finalismo trasladó desde la culpabilidad hasta la tipicidad,

comporta un dolo natural, ~~no~~valorado, en cuanto se estructura solamente con el conocimiento y la voluntad, en tanto que la conciencia de la antijuridicidad ~~se~~ quedó en sede de culpabilidad como parte del juicio de reproche en que consiste ésta (Corte Suprema de Justicia, 2009).

El finalismo por el contrario indica que el sujeto autónomo éticamente es un sujeto responsable y esa condición lo obliga a que antes de realizar una conducta tiene que cerciorarse si está actuando o no de conformidad con el derecho. Esta diferenciación la se aclarara en el siguiente acápite en punto a la evolución que ha tenido el concepto de conciencia de antijuridicidad.

2. Cambios del concepto de antijuridicidad

El presente acápite someramente hará un recorrido por las distintas teorías que describen el concepto de antijuridicidad, lo cual nos permitirá establecer si ha ocurrido una evolución o un estancamiento en el tratamiento judicial de la antijuridicidad.

2.1. Teoría del Reichsgericht

Para el Tribunal Supremo del Reich Alemán, la conciencia de la antijuridicidad no resultaba ser un presupuesto de la punibilidad, así se podía incursionar en el concepto de error iuris nocet, esto es que no es exigible al autor que tuviese que estar consciente de la no admisibilidad de su conducta y sin embargo se tenía como responsable.

Destaca Roxin (1997) lo siguiente:

El STGB (Código Penal del Imperio Alemán) de 1871 únicamente había tratado en el §59 como excluyente del dolo, el error de tipo y no había regulado el error de prohibición. Sobre esta base el RG (Reichsgericht) había distinguido entre error de hecho y de derecho. El error sobre hechos excluiría con carácter general el dolo. En cambio, en los errores de Derecho se volvía a diferenciar: los errores de Derecho penal serían totalmente irrelevantes, mientras que los errores de Derecho extrapenal se equiparaban al error de hecho y se trataba como excluyentes del dolo (p. 862).

Hay que agregar igualmente que el RG igualmente sostenía que si el error sobre el complemento de un tipo penal en blanco era de carácter extrapenal, debía excluir el dolo, pero si era de carácter penal, resultaba irrelevante dicho error.

Ante esta posición surgen autores como Welzel que la critican, predicando que, en la medida que el propio RG castigó en caso de desconocimiento inevitable de la antijuridicidad, impuso pena sin culpabilidad y con eso lesionó un principio esencial de culpabilidad: nunca se puede reprochar al autor la decisión antijurídica a la acción, si en modo alguno pudo tener conciencia de la antijuridicidad (1993, p. 223).

Asser y Bukhardt, también hace una crítica señalando que el conocimiento de lo que es ajustado a derecho y de lo que es ilícito es presupuesto de que el ser humano pueda decidirse en autodeterminación libre, responsable y moral a favor del derecho y en contra de lo ilícito. Quien sabe que aquello que ha decidido libremente llevar a cabo es ilícito, actúa culpablemente si lo hace a pesar de ello (1995).

Los mismos autores indican que si a pesar de haber llevado a cabo el esfuerzo de conciencia que le era exigible de acuerdo con lo anterior, no pudo llegar a captar el carácter antijurídico de su comportamiento, el error era insuperable, y el hecho inevitable para el autor. En ese caso no puede formularse reproche de culpabilidad, en su contra. Si por el contrario, haciendo el esfuerzo de conciencia necesario, el autor hubiese sido capaz de reconocer el carácter antijurídico de su actuación, el error de prohibición no excluye la culpabilidad. Sin embargo, el reproche de culpabilidad se verá reducido en función de qué dimensión tuviese la falta de esfuerzo de conciencia en que haya incurrido el autor.

Así entonces, conciencia de antijuridicidad no significa en ningún caso ni conocimiento de la punibilidad ni conocimiento de la norma legal en la que se halla contenido la prohibición. Es necesario que conozca el carácter antijurídico de su hecho, sin que sea preciso que haga un juicio técnico jurídico, pero sí que efectúe una valoración general conforme a su horizonte intelectual, o que pudiese haber alcanzado ese conocimiento de haber hecho el esfuerzo de conciencia exigible.

2.2. Teoría del dolo.

En esta teoría se exige como presupuesto de la punición por conductas dolosas, además de la intención, la conciencia de antijuridicidad y concibe el conocimiento de la antijuridicidad como un elemento del dolo que debe ser equiparado al conocimiento de las circunstancias del hecho. Por lo tanto, la ausencia del conocimiento de la antijuridicidad excluye el dolo y conduce, si no es evitable, a la impunidad; o si lo era, lleva a pesar de que concurre el conocimiento del tipo, a la punición por comisión

imprudente del hecho si ésta se halla amenazada de pena; si no lo está, también en este caso a la impunidad.

Como lo señala Salazar Marín, para la teoría del dolo el conocimiento de lo injusto constituye, junto al conocer y querer los elementos del tipo, el núcleo del dolo, cuya ausencia por consiguiente lo excluye. El dolo es siempre para esta teoría ~~el~~ ~~dolo~~ malo+, en la medida en que siempre va acompañado del conocimiento de la ilicitud (Salazar, 1999, p. 240).

Se observa entonces, que el individuo en el momento en que realiza el comportamiento típico y antijurídico debe saber actualizadamente en ese instante que actúa contrario a derecho, eso es lo que se llama conocimiento actual de la antijuridicidad y esto es lo que da origen a lo que se llama la teoría estricta del dolo. Sin embargo, este concepto eventualmente chocaría con el principio según el cual la ignorancia de la ley no sirve de excusa, aclarándose por la doctrina, que no se trata de conocer la codificación o la norma que consagra la prohibición, sino que el sujeto ~~no~~ ~~conoce~~ en la esfera del profano+ que su comportamiento es contrario al ordenamiento jurídico o inadecuado con respecto al ordenamiento jurídico, se dice entonces que el conocimiento de la antijuridicidad es un conocimiento no técnico. Sin embargo, algunos aseguran que ese conocimiento es potencial de la antijuridicidad, y por lo tanto afirman que de entrada ya quien sabe que un comportamiento es contrario a la ética también puede perfectamente saber que es contrario al derecho.

Las críticas que se hacen a la teoría del dolo es que en la mayoría de los casos el autor sabe que el hecho resulta ser injusto aunque el conocimiento no resulte ser

actual y sin embargo para esa conciencia del dolo no bastaría entonces esa comprensión ~~no~~ actual+.

Es así como por parte de los teóricos surge el interés de completar el concepto, de ello, el profesor Roxin (1997) expone entonces que:

Muchos defensores de la teoría del dolo han intentado superar estas objeciones haciendo una excepción en los supuestos de error de prohibición basado en "ceguera jurídica" u "hostilidad al Derecho" y propugnando castigar por delito doloso, pese a la falta de conciencia de la antijuridicidad. Pero éste es un mal expediente, pues, cuando se trata como dolosa una acción que conforme a las premisas de esta concepción es imprudente, se abandona el punto de partida y se admite que la conciencia de la antijuridicidad no caracteriza siempre la diferencia decisiva de culpabilidad entre el dolo y la imprudencia (p. 886).

Entonces, se hablan de conceptos tales como los de ~~ceguera~~ jurídica+, en donde ~~el~~ error del autor es irrelevante si obedece a una actitud que no es conciliable con la sana percepción del pueblo del Derecho y de lo injusto+ (Wenzel, 1997). Critica Welzel (1997) que esta fórmula infringía el principio de culpabilidad, privando al autor de una causal de exculpación, al establecer la ficción irrefragable de que su error no es excusable, además abría la posibilidad de una concepción jurídica autoritaria, para decretar como obligatoria una determinada visión en problemas jurídicos y de reprobar de modo irrefragable, como inexcusable, toda desviación de ella. Además esta ficción era una transgresión del principio constitucional ~~Nulla Poena, Sine Lege~~+, pues cuando la ley impone pena sólo por conducta dolosa, no puede el juez sin autorización legal castigar ~~como~~ conducta dolosa una conducta no dolosa.

Se dice entonces que la ceguera jurídica está relacionada con los crímenes pasionales, por lo que sería imposible constatar que existe conciencia actual de la antijuridicidad, por lo que se advierte que en estos casos, como en los de grave enemistad contra el derecho no hay conciencia actual de la antijuridicidad pero, como el derecho está para proteger bienes jurídicos, por lo que no puede quedar desarmado ante esas situaciones, se crea la ficción que es como si hubiera conciencia actual de la antijuridicidad, es decir la grave enemistad contra el derecho y la ceguera jurídica reemplazan la conciencia actual de la antijuridicidad, así las cosas, no habría dolo, pero es como si lo hubiera y esto es lo que se llama teoría limitada o flexible del dolo.

Acá se habla de dolo directo y dolo eventual que aumentaba o disminuía el reproche, ya la culpabilidad se vuelve graduable, además porque la culpabilidad es reprochabilidad entonces yo puedo reprochar más o menos.

2.3. Teoría de la culpabilidad.

Claro en su definición es Welzel (1997) quien la describe así:

Objeto del reproche de culpabilidad es la voluntad de acción antijurídica; ésta le es reprochada al autor en la medida en que podía tener conciencia de la antijuridicidad de la acción y ella podía convertirse en contramotivo determinante del sentido. Al autor le resulta más fácil la posibilidad de autodeterminación conforme a sentido cuando conoce positivamente la antijuridicidad, indiferente de si esta conciencia es actual al momento de comisión del hecho o pueda actualizarse de inmediato. Por eso, en este caso, el reproche de culpabilidad reviste el máximo de gravedad. Más difícil le resulta al autor, cuando no conoce

la antijuridicidad, pero podía reconocerla con un poco más de cuidado. Si hubiera podido conocer lo injusto de su hecho a través de un mayor esfuerzo de conciencia, consultas y otras formas semejantes, le debe ser reprochado, aunque en medida menor en relación al primer caso. El error de prohibición evitable atenúa la reprochabilidad y, por consiguiente, la pena en la medida de su evitabilidad (p. 223).

Así entonces, para imponer pena, teniendo por dolosa la conducta, es cuando el autor hubiese tenido la posibilidad de conocer que su comportamiento era antijurídico, siendo en todo caso un elemento distinto del dolo.

La teoría estricta de la culpabilidad pertenece al ámbito del finalismo ortodoxo, y bajo las anteriores premisas, no habría lugar a hacer ninguna distinción, ya que todos los errores de prohibición se habrán de solucionar de igual forma, esto es, si resultan ser invencibles se excluye la conciencia de la antijuridicidad y por supuesto se excluye la culpabilidad, si son vencibles lo que se afectará es la conciencia potencial y de conformidad con el principio de culpabilidad, a menor culpabilidad menor pena, se rebajaría en la mitad como dice el Código Penal Colombiano en su artículo 32 numeral 11 inciso 1: *Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad*

Por su parte, en la teoría limitada de la culpabilidad, los errores de prohibición se tratan al igual como los trata la teoría estricta salvo el error sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación, es decir el error de prohibición implica que si es invencible no hay culpabilidad porque se excluye la conciencia de la antijuridicidad, si es vencible por supuesto existe conciencia eventual potencial o actualizable y en

consecuencia debe rebajarse la mitad salvo que se trate de un presupuesto objetivo de una causal de justificación.

Resulta pertinente aclarar que no se requiere el conocimiento de la gravedad de la conducta, simplemente basta que el autor tenga por cierto que con su comportamiento está cometiendo un hecho punible; así como tampoco exime de responsabilidad el error sobre la cuantía de la pena (Bacigalupo, 1984)

Cabe advertir que en tratándose de nuestra legislación penal, según el inciso 2° del numeral 11 del artículo 32 del Código Penal Colombiano (2000) que señala: *“para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta”* (p. 17) entonces si era posible que el sujeto se *“encontrara en condiciones de darse cuenta del carácter ilícito de su acción”* Reinhart (1965. p. 363) , podría afirmarse que existió conciencia de antijuridicidad y por ello no habría discusión en torno al elemento de la culpabilidad.

Igualmente en el sujeto agente puede existir ignorancia cuando se trata de la existencia de una situación que reflejaría una atenuación de punibilidad, en cuyo caso el numeral 12 del mismo artículo 32 indica que cuando se denote error invencible daría lugar a la aplicación de la diminuyente. Ante el hecho que guarde la norma silencio cuando el error de la norma sobre la atenuación de la punibilidad sea vencible, podría interpretarse que en ese caso no cabría su aplicación, ni siquiera en una forma disminuida.

3. Modalidades de la conciencia de la antijuridicidad.

Debemos decir que lo que excluye la conciencia de la antijuridicidad es lo que se ha llegado a denominar error de prohibición, la cual recaería sobre la ~~potencial~~ comprensión de lo injusto de la conducta+ (Velásquez, 2004, p. 401) y que ~~deja~~ intacto la antijuridicidad del hecho y tan sólo excluye, si es vencible, o atenúa, si es invencible, la culpabilidad+ (Molina, 2003, p. 495).

Sobre su origen y transformación, se ha reseñado que:

La expresión ~~error de prohibición~~+ es el resultado de muchos años de discusión, durante los cuales se fue decantando la nomenclatura, a partir del llamado error de derecho. En efecto, durante un largo periodo, en materia de error el derecho penal distinguió los errores de hecho (falsos juicios que recaen sobre el contexto fáctico) y los errores de derecho (falsos juicios sobre aspectos jurídicos, penales o extrapenales). Esta clasificación, caprichosa como todas, si bien era razonable, resultaba poco útil para la dogmática penal, pues no permitía sistematizar soluciones a partir de la diferenciación de grupos de caos, y además propiciaba controversias de muy difícil, si no imposible, solución (v. gr., equivocarse sobre la naturaleza mueble o inmueble de un bien, ¿es un error de hecho o un error de derecho?). A pesar de que esta nomenclatura sigue vigente en algunos campos del derecho colombiano (en el recurso extraordinario de casación, por ejemplo); puede decirse que la dogmática penal contemporánea prácticamente prescindió de ella (Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 391).

Con anterioridad se hizo alusión a alguna clase de error de prohibición, para distinguir su manejo en una teoría específica, ahora, de manera sucinta se habrá de mencionar así:

a. Sobre la existencia de la norma: Error en punto a la prohibición o no de la conducta, por ejemplo el caso de una mujer extranjera que viene a Colombia, decide practicarse un aborto creyendo que como en su país no está prohibida tal práctica, aquí tampoco lo estaría.

b. Sobre la interpretación de la norma: En este punto se discute cual es el alcance de la norma, y el límite que tendría el sujeto en su comportamiento, considerándose que en este caso el error desborda los límites de lo viable y razonable en la interpretación.

c. Sobre la vigencia de la norma: Puede tratarse de error en el espacio o en el tiempo; así sobre su fecha de vigencia, conceptos como los de retroactividad, retrospectividad etc, resultan pertinentes en ese caso. Igualmente sobre el lugar en donde empieza a regir la norma.

d. Sobre la validez de la norma: Bien se trate de la validez formal y material de la norma, o con su legitimidad constitucional.

e. Sobre la existencia de una causal de justificación: Se menciona como aquel en que el autor ha supuesto la concurrencia de alguna circunstancia que de efectivamente haber estado consagrado hubiera determinado la exclusión de la punibilidad, bien sea una circunstancia de una causa de justificación, de una causa de inculpabilidad o de una excusa absolutoria.

f. Sobre los límites de una causal de justificación: Va más allá de lo que la causal de justificación pretende excusar, se pone como ejemplo el que alguien cree poder corregir mediante castigo corporal a los niños ajenos.

g. Sobre los presupuestos objetivos de la causal de justificación: En este caso se relaciona con el elemento objetivo de la justificante. Resulta necesario en este punto señalar, que a pesar de tratarse de un error de prohibición, en caso de encontrarse demostrado, las consecuencias serán las del error de tipo, es decir que si el error es invencible excluye por completo la responsabilidad, pero si es vencible solo será penalizada si está prevista como culposa. Esta diferenciación se explica en la medida en que esta clase de error no se trata sobre el desconocimiento de la norma en sí misma, sino sobre los elementos de hecho, como acontece en el error de tipo (De La Fuente, 2003).

Dicho de otra forma, en los casos de error sobre los presupuestos objetivos de justificación, el autor obra dolosamente, pero, únicamente a los efectos de la pena, se deben aplicar las disposiciones sobre el error de tipo. Lo que se aplica no es el régimen del error de tipo, sino sólo sus consecuencias o resultados. El autor se exime de sanción, excepto que el error sea evitable, en cuyo caso recibe la pena correspondiente a la actuación por imprudencia, pues aquí se le reprocha la equivocada suposición de la situación que daría lugar a una causa de justificación./ Al reconocerse que subsiste una actuación dolosa por parte del autor, se acepta tanto la tentativa como la participación, pues para eso basta con el dolo de realización del tipo./ El fundamento de este tratamiento privilegiado pretende explicarse afirmando que en los casos de error sobre presupuestos objetivos existe una doble reducción de injusto y

de culpabilidad. Por un lado . se sostiene- es menor el desvalor de acción, producto de la conciencia de justificación que tiene el autor. Pero, además, existiría una disminución de la culpabilidad, pues la motivación del sujeto n revela una actitud interna contraria a derecho (De La Fuente, 2003).

4. Evitabilidad del error de prohibición

Se dice entonces que el efecto excluyente de la culpabilidad del error sobre la punibilidad está condicionado por la inevitabilidad del error, que sería igual a determinar si el sujeto en particular estaba en la capacidad de denotar la norma que se acusa como conocedora y que sin embargo quiso vulnerar.

Así las cosas, se sostiene que al igual como se trata en el error de tipo, si el error es invencible elimina el elemento de la culpabilidad, pero si resulta vencible, entonces de conformidad con el numeral 11 del artículo 32 del Código Penal, la pena se rebajará en la mitad.

5. Objeción de conciencia

El concepto de la objeción de conciencia ha sido entendido como:

Aquella figura que permite al individuo negar o rehusarse a cumplir una obligación jurídica, cuando la actividad correspondiente signifique la realización de conductas que pugnan con sus convicciones íntimas. Es decir, normalmente no es posible rehusar el cumplimiento de leyes o de los deberes impuestos por el orden jurídico, pero cuando quien incumple un deber jurídico lo hace por razones de conciencia, es considerado como un objetor de conciencia (Pardo, 2006, p. 56).

Puede acontecer que un individuo conozca la norma y sin embargo decida voluntariamente desconocerla al considerar que no se encuentra ajustado a sus ideologías, es el caso por ejemplo de aquellos jóvenes que no aceptan las normas que ordenan el servicio militar obligatorio por cuanto sería contra sus principios tomar las armas; ante esta perspectiva que se nos pone de presente, encontraríamos que la cuestión de la conciencia de antijuridicidad no sería tan claro cuando a pesar del conocimiento, el querer del sujeto es el desconocimiento, pero no por razones anarquistas, sino amparado en el derecho de defender sus convicciones.

Para que la sociedad funcione, resulta necesario establecer ciertas reglas para que todos los individuos lo acaten; así mismo existe la libertad de pensamiento, y por ello podría considerarse que cada sujeto en el mundo tiene su propio paradigma, por ello entonces no puede esperarse que todos al unísono estén de acuerdo con las normas impuestas, puesto que los ideales resultan diferentes, así las cosas es razonable entender que siempre estarán los llamados a reprochar las mismas, no bajo un tono perturbador sino porque su paradigma que también resulta válido no contrasta con la norma y así las cosas podría adentrarse en el campo de la concertación al señalarse que en esos casos lo que se avizoraría es la inexistencia de un desvalor subjetivo de la acción. Detrás de cada tipo legal se esconde una expectativa normativa básica para el funcionamiento del sistema social que ha sido defraudada, de allí que se le contemple en el Código Penal. Esas expectativas normativas condicionan que su defraudación sólo pueda ser posible mediante comportamientos capaces para defraudarlas, comportamientos que contradigan la vigencia de la norma por reunir significado comunicativo (Caro, 2007, p. 38).

A lo cual se atina a decir que resurgen eventos en los cuales la presunta defraudación de la norma es a su turno la defraudación de expectativas sociales, pero resulta necesario mirar que esa comunidad de ideas no es homogénea en todos los que hacen parte de la sociedad, por ello no existe vehemencia respecto al concepto de defraudación de la norma y eso es precisamente lo que debe ser regulado.

En ese orden de ideas, como quiera que la conducta para que sea reprimida debe atender tanto al desvalor de acción como de al desvalor de resultado, en sus aristas de objetivo y subjetivo y si uno de esos elementos falla, entonces se excluiría cualquier responsabilidad.

Así las cosas, tenemos que la Constitución considera, exclusivamente desde su artículo 16, que el derecho penal tiene injerencia en la acción humana cuando esta choca contra los derechos de los demás o contra el propio ordenamiento jurídico, porque la valoración de cualquiera de estas circunstancias hace que la acción sea injusta. En términos penales, la Carta Política indica que una conducta puede ser antijurídica si lesiona bienes de los demás o si contraviene el ordenamiento jurídico (que es lo que, en cada caso, no quiere el derecho por lo que juzga disvalioso). Así entonces, tenemos que el artículo 16 de la Constitución le permite al legislador estructurar un injusto penal fundado en el desvalor de acción sin olvidar su referente material que viene impuesto por otras normas constitucionales; de la misma manera le permite fundamentarlo en el desvalor de resultado, siempre que no haga a un lado el referente personal, también impuesto por la Carta, lo que obliga a concluir, desde cualquiera de las dos perspectivas, que en Colombia la norma penal es de naturaleza mixta o dual, el injusto es complejo y son cofundantes del mismo el desvalor de acto y

el desvalor de resultado, por lo que la antijuridicidad formal es objetiva y subjetiva (Sampedro, 2010. p. 388).

El punto es tan difuso que no siquiera las altas Corporaciones Judiciales lo han solventado y en cada caso en particular tienden a aplicar una posición diferente; así mismo incluso se han llegado a presentar situaciones donde no son las personas naturales, sino entidades quienes han hecho uso de este concepto Corte Constitucional (2008), sin embargo, en aras de la seguridad jurídica, si resulta necesario un pronunciamiento expreso sobre la validez de la objeción de conciencia, y si el camino para resolver este vacío jurídico no es la jurisprudencia, por lo menos entonces, debería ser en el campo legislativo donde bajo una modalidad casuística, se planteen los alcances de esta figura y en consecuencia sus límites.

Conclusiones

Con el esquema finalista se diferencia la culpabilidad como principio y la culpabilidad como categoría dogmática, y en esta es donde se ubica la conciencia de la antijuridicidad.

Son varias las teorías que pretendieron delimitar el concepto de conciencia de antijuridicidad, y que coinciden en su mayoría en poner como punto de atención al sujeto en particular, advirtiendo que en el caso de nuestra legislación penal la acogida fue la teoría de la culpabilidad limitada, toda vez que requiere de un conocimiento actualizable de la norma, lo que la hace más exigente frente a otras teorías que requieren de un conocimiento actual de la ilicitud.

Lo contrario a la conciencia de la antijuridicidad es el error de prohibición, que apela a la ignorancia de la existencia, la interpretación, la vigencia o la validez de una norma, así como también de la existencia de una causal de justificación, de sus límites y de sus presupuestos objetivos; aspectos necesarios de diferenciar porque dependiendo del error, de su invencibilidad o vencibilidad, así mismo se establecerá la existencia o no de culpabilidad o su correspondiente rebaja de pena.

Debiendo tener presente tal y como lo afirma Velásquez que, se entiende por culpabilidad *el juicio de exigibilidad en virtud del que se le imputa al agente la realización de un injusto penal, pues [...] al realizarlo se hallaba en posibilidad de dirigir su comportamiento acorde con los requerimientos del orden jurídico y no obró ejerciendo esa posibilidad*+(2010, p. 522), estando incluidos en esta categoría estos elementos: la imputabilidad, la conciencia de antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta.

Elementos que precisamente suscitan un punto neurálgico en lo que respecta al concepto de objeción de conciencia, donde el sujeto conoce la norma, pero igual desea hacer caso omiso, por contrariar sus ideales, situación que no ha sido regulada y sobre los que existen varios pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios, que solo generan inseguridad jurídica, y que por lo mismo está llamada a ser regulada legalmente.

Jurisprudencialmente, se ha analizado el problema a la luz del concepto de dolo que ya no encuentra eco ni por la ley ni por la opinión mayoritaria en la dogmática penal contemporánea, pues se partía de un presupuesto equivocado, relativo a que tanto el dolo como la culpa, son formas de culpabilidad y que dentro de sus elementos

se encuentra la conciencia de la ilicitud de la acción tal y como tradicionalmente se había entendido dentro del esquema clásico de la teoría del delito, contrario de lo que en la actualidad consagra el artículo 22 del Código Penal que prevé solo los aspectos cognitivo y volitivo del dolo, es decir, tanto el conocimiento de todas las circunstancias que integran el tipo objetivo como la voluntad de realizar el mismo (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 19 de mayo de 2008).

Es así como, a quien actúa con conocimiento de la antijuridicidad del hecho le es plenamente imputable la realización del mismo, convirtiéndose el error de prohibición en una situación de aplicación excepcional, pues es claro que la mayoría de personas que cometen un delito lo hacen con suficiente conocimiento de la antijuridicidad del hecho como para ser completamente responsables del mismo.

En este sentido, entendemos que la Conciencia de la antijuridicidad significa el conocimiento de lo permitido o no por el Derecho, indicando ello que el principal problema consiste en determinar qué es lo que debe saberse y cuál es la referencia de dicho conocimiento, generándose el siguiente interrogante: ¿Basta solo con pensar simplemente que lo que se hace *no está bien* o es imprescindible saber que se está cometiendo un delito?, debiendo en este punto, crearse una medida estandarizada pues de no hacerlo pronto en nuestra legislación, pues en nuestro sentir no resulta procedente que el autor de una conducta tipificada en la legislación penal deba conocer todo el ordenamiento jurídico para que proceda en su contra la imposición de una sanción punitiva, pues ello resulta ilógico y contradictorio conforme los fines punitivos del Estado.

Presentándose como problema subsecuente, el grado de certeza en que debe conocerse la antijuridicidad, pues para que el operador jurídico pueda tomar una decisión en derecho que sea del todo justa, debe evaluarse el momento y nivel de conciencia que ha de poseerse, lo que hace referencia a la actualidad del conocimiento, siendo coherente la ayuda de los preceptos ético-morales que fundamentan de algún modo la existencia de la norma imperativa y por supuesto, el comportamiento de las personas en sociedad.

Referencias

Asser, A. & Bukhardt, B. (1995). Derecho penal. Madrid: Colex.

Universidad Externado de Colombia. (2011). Lecciones de Derecho penal: parte general. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bacigalupo, E. (1984). Manual de derecho penal: parte general, exposición referida a los derechos vigentes en Argentina, Colombia, España, México y Venezuela. Bogotá D.C.: Temis.

Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. Julio 24 de 2000. DO. núm. 44.097.

Caro, J. (2007). Participación delictiva y deber de solidaridad mínima. Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP): Revista de la Facultad de Derecho.

Montealegre, E. (2007). Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación. Tomo II. Bogotá D.C.: Ed. Universidad Externado de Colombia.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia de radicado 28948 de 2008. (MP. Julio Enrique Socha Salamanca; 19 de mayo de 2008).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia de radicado núm. 31763 de 2009. (M.P. Augusto Ibáñez Guzmán; 1 de julio de 2009).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 946 de 2008. (M.P. Jaime Córdoba Triviño; 2 de octubre de 2008).

De La Fuente, J. (2003). Error sobre los presupuestos objetivos de justificación. Acervo de la Biblioteca Jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas, México: UNAM, 399- 433. Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2506/21.pdf>

Gómez, C. (2011). La prueba jurídica de la culpabilidad en el nuevo sistema penal . Tercera edición. Bogotá D.C.: Ed. Universidad Externado de Colombia

Jakobs, G. (1993). El principio de culpabilidad. Revista Derecho Penal y Criminología, 15, 50, 125.

Molina, F. (2003). Antijuridicidad penal y sistema del delito. Bogotá D.C.; ed. Universidad Externado de Colombia.

Pardo, C. (2006). La objeción de conciencia en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Bogotá: Revista Persona y Bioética, 10,1, 56.

Reinhart, M. (1965). La teoría de la culpabilidad en el derecho penal alemán. Revista de la Universidad Externado de Colombia, 6, 3.

Roxin, C. (1997). Derecho penal parte general. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas.

Salazar, M. (1999). Injusto penal y error. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez -Universidad La Gran Colombia.

Sampedro, C. (2010). La Antijuridicidad Formal. Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI, 385-399. Recuperado de: <http://portal.javeriana.edu.co/portal/pls/portal/docs/1/3716061.PDF>

Velásquez, F. (2004). Manual de derecho penal parte general. Bogotá: Temis.

Velásquez, F. (2010). Manual de derecho penal- Parte general. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, cuarta edición.

Welzel, H. (1997). Derecho penal alemán - 12ª edición. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile.