



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

*Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"*

Teoría del Delito



PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN
ESPECIALIZADA ÁREA PENAL

Teoría del Delito

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

HERNANDO TORRES CORREDOR
Presidente

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
Vicepresidente

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
JESAEI ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
RICARDO MONROY CHURCH
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla"

La Unión Europea y el Gobierno Colombiano, suscribieron el Convenio ALA/2004/016-83, proyecto "Fortalecimiento del Sector Justicia para la Reducción de la Impunidad en Colombia", con el fin de lograr conjuntamente, la creación de políticas de reducción de la impunidad y la consolidación del Estado de Derecho, desde la perspectiva de justicia y género.

En desarrollo del mencionado convenio con recursos de la Unión Europea y de la Rama Judicial - Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, a través de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", se actualizó el Programa de Formación Judicial Especializada para las y los Magistrados, Jueces y Empleados de las corporaciones y despachos judiciales con competencia en el Sistema Acusatorio Penal, con la participación de la Universidad Militar Nueva Granada en su condición de adjudicataria de la licitación realizada por el Equipo de Gestión del proyecto, adscrito al Ministerio del Interior y de Justicia.

La presente publicación ha sido elaborada con la asistencia de la Unión Europea. El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva del autor y del Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" y en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de la Unión Europea.



UNIÓN EUROPEA



UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA



MINISTERIO
DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN
ESPECIALIZADA ÁREA PENAL

Teoría del Delito

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”

HERMAN GALÁN CASTELLANOS, 2010
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2010

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No 9ª -24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co

ISBN:

Primera edición: septiembre de 2010

Con un tiraje de 3000 ejemplares

Composición: Universidad Militar Nueva Granada. Contrato 063 de 2007

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA DEL ÁREA PENAL

PRESENTACIÓN

El Curso de Profundización sobre el Sistema Penal Acusatorio forma parte del Programa de Formación Especializada del Área Penal construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, de conformidad con su modelo educativo y enfoque curricular integrado e integrador y constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados y Jueces, Juezas de la Rama Judicial, la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, los Comités Académicos y los Grupos Seccionales de Apoyo de la Escuela bajo la coordinación del Magistrado Hernando Torres Corredor, con la autoría de **Herman Galán Castellanos**, quien con su conocimiento y experiencia y el apoyo permanente de la Escuela Judicial, se propuso responder a las necesidades de formación desde la perspectiva de una Administración de Justicia cada vez más justa y oportuna para las y los colombianos.

El módulo **Teoría del Delito** que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la independencia del Juez y la Jueza, cuya construcción responde a los resultados obtenidos en los talleres de diagnóstico de necesidades que se realizaron a nivel nacional con funcionarios y funcionarias judiciales y al monitoreo de la práctica judicial con la finalidad de detectar los principales núcleos problemáticos, frente a los que se definieron los ejes temáticos de la propuesta educativa a cuyo alrededor se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos.

De la misma manera, los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, sirvieron para determinar los problemas jurídicos más relevantes y ahondar en su tratamiento en los módulos.

El texto entregado por el autor fue validado con los Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas de los Comités Académicos quienes hicieron observaciones para su mejoramiento las cuales enriquecieron este trabajo.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continua de la Rama Judicial presenta un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano y sus Derechos Fundamentales, eliminando toda forma de discriminación, a la independencia del Juez y la Jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio de los usuarios y usuarias de la administración de Justicia.

El modelo pedagógico, es *participativo*, en cuanto que más de mil Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados judiciales participan como formadores y formadoras, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, módulos de aprendizaje autodirigido y los materiales educativos utilizados en los procesos de formación que se promueven. Igualmente, se manifiesta en los procesos de evaluación y seguimiento de las actividades de formación que se adelantan, tanto en los procesos de ingreso, como de cualificación de los servidores y las servidoras públicos.

Es *integral* en la medida en que los temas que se tratan en los módulos resultan recíprocamente articulados y dotados de potencialidad sinérgica y promueven las complementariedades y los refuerzos de todos los participantes y las participantes.

Es *sistémico* porque invita a comprender cualquier proceso desde una visión integradora y holista, que reconoce el ejercicio judicial como un agregado de procesos, que actúa de manera interdependiente, y que, a su vez, resulta afectado por el entorno en que tienen lugar las actuaciones judiciales.

El modelo se *basa en el respeto a la dignidad humana*. El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, significa la capacidad que la sociedad tiene para dirimir los conflictos que surgen entre sus integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí que el modelo educativo fundamenta sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los *derechos fundamentales* individuales y colectivos de las personas.

El modelo *se orienta al mejoramiento del servicio* pues las acciones que se adelanten para el mejoramiento de las condiciones de trabajo y bienestar de las personas que hacen parte de la Rama Judicial, se hacen teniendo en la mira un mejoramiento sostenido del servicio que se le presta a la comunidad.

Lo anterior, en el marco de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con la convicción de que todo proceso de modernización judicial ya sea originado en la implantación de nuevos esquemas jurídicos o de gestión, o de ambos, implica una transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, quienes requieren ser apoyados a través de los procesos de formación.

En este sentido, se desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los servidores y servidoras del sector, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas, cuando se ven precisados a acudir a las instancias

judiciales para ejercer o demandar sus derechos o para dirimir conflictos de carácter individual o colectivo.

Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo* diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuarios y usuarias; invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia, a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para la multiplicación de las dinámicas formativas, para responder a los retos del Estado y en particular de la Rama Judicial, para focalizar los esfuerzos en su actividad central; desarrollar y mantener un ambiente de trabajo dinámico y favorable para la actuación de todos los servidores y servidoras; aprovechar y desarrollar en forma efectiva sus cualidades y capacidades; lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios y usuarias” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples transmisores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo decurso del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje “learning societies”, organizaciones que aprenden “learning organizations”, y redes de aprendizaje “learning networks”*¹. Esto conduce a una concepción dinámica de la relación entre lo que se quiere conocer, el sujeto que conoce y el entorno en el cual él actúa. Es así que el conocimiento hace posible que los miembros de una sociedad construyan su futuro, y por lo tanto incidan en el devenir histórico de la misma, independientemente del sector en que se ubiquen.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en conocimiento corporativo útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de “lo público” a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

1 *Teaching and Learning: Towards the Learning Society; Bruselas, Comisión Europea, 1997.*

Currículo integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y/o problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que él o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

Aplicación de las Nuevas Tecnologías

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, consciente de la necesidad de estar a la vanguardia de los avances tecnológicos al servicio de la educación para aumentar la eficacia de los procesos formativos ha puesto al servicio de la Rama Judicial el Campus y el Aula Virtuales. Así, los procesos formativos de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, se ubican en la modalidad b-learning que integra la virtualidad con la presencialidad, facilitando los escenarios de construcción de conocimiento en la comunidad judicial.

La virtualización de los programas y los módulos, permite actualizar los contenidos en tiempo real y ampliar la información, ofrece la oportunidad de acceder a una serie de herramientas como videos, audios, animaciones, infografías, presentaciones multimediales, hipertextos, etc., que hacen posible una mayor comprensión de los contenidos y una mayor cobertura.

Planes de Estudio

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado, con el apoyo pedagógico de la Escuela, los autores y autoras con el acompañamiento de la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida por Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas, quienes con profundo compromiso y vocación de servicio, se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en los aspectos pedagógicos y metodológicos, como en los contenidos del programa, con el propósito de facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes etapas:

Etapas 1. *Reunión inicial.* Etapa preparatoria para el inicio del programa, presenta los objetivos, metodología y estructura del plan de estudios; asesora el manejo del Campus y Aula Virtual, ofrece diferentes técnicas de estudio, y, en general, esta etapa busca motivar y comprometer al y la discente para abordar los módulos y emprender su proceso formativo con la metodología de aprendizaje autodirigido.

Etapas 2. *Análisis individual y comunidad judicial.* Los resultados efectivos del proceso formativo, exigen de los y las participantes el esfuerzo y dedicación personal, al igual que la interacción con sus pares, de manera que se conviertan el uno y el otro en insumo importante para el logro de los propósitos.

La Etapa 2, esta conformada a su vez por 3 fases claramente identificables:

(1) El “Análisis Individual”, que apunta a la interiorización por parte de cada participante de los contenidos del programa, mediante la lectura, el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta

de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. (2) El “Foro Virtual” constituye la base del aprendizaje entre pares cuyo propósito es el de propiciar la socialización y el intercambio de conocimiento y experiencias entre los y las participantes mediante el uso de las nuevas tecnologías, con el fin de fomentar la construcción colectiva de conocimiento en la Rama Judicial, y, (3) La “Mesa de Trabajo o Conversatorio Local”, que busca socializar el conocimiento, fortalecer las competencias en argumentación, interpretación, decisión, dirección, etc., alrededor del estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores con el apoyo de los expertos, así como la simulación de audiencias. Finalmente, esta etapa permite la identificación de los momentos e instrumentos necesarios para la aplicación a la práctica judicial para que a partir de éstos, se generen compromisos concretos para desarrollar las siguientes etapas.

Etapa 3. *Aplicación a la Práctica Judicial:* La aplicación a la práctica judicial es a la vez el punto de partida y el punto de llegada, ya que es desde la cotidianidad del desempeño laboral de los funcionarios y funcionarias que se identifican los problemas, y, mediante el desarrollo del proceso formativo, pueda traducirse en un mejoramiento permanente de la misma y por ende una respuesta con calidad a los usuarios y usuarias.

Esta etapa se desarrolla también durante 3 fases: (1) La “Aplicación in situ”, que incorpora a la práctica judicial los conocimientos, técnicas y nuevas actitudes desarrolladas en las etapas anteriores; pretende impactar otros operadores de la justicia (empleados, abogados, usuarios, auxiliares, etc.), mejorar el acceso efectivo a la administración de justicia y aumentar la credibilidad en la misma. (2) El “Conversatorio o Videoconferencia” que posibilita a los operadores y operadoras identificar las fortalezas y debilidades en la práctica cotidiana, con miras a fomentar el mejoramiento continuo de la labor judicial, y (3) El “Informe Individual”, en que él y la participante dan cuenta en forma escrita de la aplicación a la práctica de los contenidos objeto del programa y los invita a remitir sus aportes, sugerir nuevas posibilidades de aplicación y presentar casos exitosos y ejemplificantes de su labor.

Etapa 4. Seguimiento y evaluación: Todo proceso formativo requiere para su mejoramiento y cualificación, la retroalimentación dada por los y las participantes del mismo. La etapa de Seguimiento y Evaluación busca obtener información sobre las debilidades y fortalezas del proceso, de manera que pueda aplicar los correctivos necesarios y a tiempo, que lleven al perfeccionamiento del mismo.

Para ello, el modelo pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” presenta 3 fases que posibilitan evidenciar la consecución de los objetivos del programa: (1) El “Monitoreo” promueve la motivación recíproca para el mejoramiento continuo en la práctica judicial; (2) El “Observatorio” con acciones concretas para analizar las providencias y actuaciones judiciales, difundir las mejores prácticas para promover el cambio en los demás despachos judiciales y por ende, cualificar la prestación del servicio, y (3) El “Informe Final”, que posibilita evaluar el impacto del programa sobre la gestión judicial y sus resultados frente a los usuarios y usuarias, para así, adoptar medidas de mejoramiento en cada uno de los aspectos evaluados.

Los módulos

Los módulos son la columna vertebral en este proceso, en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de Magistrados y Magistradas de las Altas Cortes y de los Tribunales, de los Jueces y Juezas de la República y expertos y expertas juristas, quienes ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permite abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá, está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial.

Cómo abordarlos

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que se encuentra inmerso en el **Programa de Formación Especializada para el Sistema Penal Acusatorio**. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del plan de formación de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, que se articulan mediante diversos temas transversales, tales como Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la Ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado: (1) Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan; (2) Tenga en cuenta las guías del y la discente y las guías de estudio individual y de la comunidad judicial para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones, el estudio y análisis, la utilización del Campus y Aula Virtual y el taller individual de lectura efectiva del plan educativo; (3) Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o complementar las perspectivas presentadas.

Finalmente, el Programa de Formación Especializada del Área Penal – Curso de Profundización sobre el Sistema Penal Acusatorio, que la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” en la Calle 11 No 9ª -24 piso 4, de Bogotá, o al correo electrónico *escuelajudicial@ejrlb.net* los cuales contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del **Programa de Formación del Área Penal – Curso de Profundización del Sistema Penal Acusatorio.**

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	9
CONVENCIONES	24
JUSTIFICACIÓN	25
RESUMEN DEL MÓDULO	25
SINOPSIS LABORAL DEL AUTOR	26
OBJETIVOS	27
Objetivo General del Módulo	27
Objetivos Específicos del Módulo	27
 Unidad 1: TEORÍA DEL DELITO	 29
 Introducción: FUNCIÓN Y MÉTODO DE LA TEORÍA GENERAL DE DELITO	 29
 1. Capítulo I: TIPO DE INJUSTO	 31
1.1. SISTEMA COLOMBIANO: LEY 599 DE 2000	31
1.2. TIPICIDAD	33
1.2.1. Concepto	33
1.2.2. Funciones	35
1.2.3. Tipo Objetivo	37
1.2.4. El Tipo Subjetivo	68
 2. Capítulo II: IMPUTACIÓN OBJETIVA	 81
2.1. CONCEPTO	81
2.1.1. Incremento del riesgo	83
2.1.2. El fin de la norma como criterio para la constatación de la realización del riesgo	85
2.1.3. Determinación del riesgo permitido	86
2.1.4. La Adecuación social	88

2.1.5. El Consentimiento del sujeto pasivo	89
2.1.6. El principio de confianza	90
2.1.7. Prohibición de regreso	91
2.1.8. Acciones a propio riesgo	93
3. Capítulo III: CONCURSO DE PERSONAS EN LA CONDUCTA PUNIBLE	94
3.1. AUTORES	94
3.1.1. Autor directo	94
3.1.2. Autor mediato	96
3.1.3. Autor por postulación por otro	100
3.1.4. Autor por posición de garantía	101
3.2. COAUTORÍA	101
3.2.1. Coautoría en delitos tentados y en hechos omisivos	104
3.2.2. Coautoría en los tipos especiales	104
3.2.3. De la coautoría impropia	104
3.3. COPARTICIPACIÓN	105
3.3.1. Partícipes	106
4. Capítulo IV: ANTIJURIDICIDAD	110
4.1. BIEN JURÍDICO E INJUSTO	115
4.1.1. Teorías Monistas	118
4.1.2. Teorías Dualistas	121
4.2. POSICIÓN CRÍTICA DEL BIEN JURÍDICO	123
5. Capítulo V: ERROR DE TIPO Y ERROR DE ILICITUD	138
5.1. CONOCIMIENTO Y ERROR	138
5.2. TEORÍAS DE LA CULPABILIDAD Y EL ERROR	140
5.3. ERROR DE TIPO	141
5.4. ERROR DE ILICITUD (DE PROHIBICIÓN)	143

5.5. ERROR ACCIDENTAL Y SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS	145
6. Capítulo VI: CULPABILIDAD	146
6.1. CONCEPTO	146
6.2. TEORÍAS SOBRE LA CULPABILIDAD	147
6.3. LA CULPABILIDAD COMO TEORÍA DEL SUJETO RESPONSABLE	149
Actividades pedagógicas	151
Autoevaluación	151
Jurisprudencia	154
Bibliografía	156

CONVENCIONES

A_e

Autoevaluación

A_p

Actividades pedagógicas

B

Bibliografía

B_s

Bibliografía seleccionada

J

Jurisprudencia

O_e

Objetivos específicos

O_g

Objetivo general

JUSTIFICACIÓN

Los talleres efectuados en diferentes ciudades y como respuesta a las inquietudes en ellos formuladas sobre necesidades de capacitación de funcionarios judiciales, se señaló la de elaborar un módulo sobre la Teoría del Delito. En consecuencia, el trabajo realizado, como primer objetivo pretende satisfacer esa necesidad.

Si bien la teoría del delito es de constante elaboración y evolución, puede afirmarse que lo esencial está recogido en el sistema penal colombiano, específicamente en el Libro I del Código Penal y en particular en la Ley 599 de 2000 que introdujo importantes cambios que, no obstante la jurisprudencia y la doctrina nacionales, como los frecuentes cursos y foros de actualización no son de conocimiento general.

La adopción del sistema penal acusatorio en el 2004, prioriza las cuestiones procedimentales como también las técnicas y habilidades para el desempeño de las partes intervinientes, relegando de alguna manera, la teoría del delito, aparentemente por no ser tan requerida en los alegatos y argumentaciones o por no hallarle espacio en sus diferentes etapas, a pesar de que en ellas se maneja constantemente la llamada teoría del caso y sobre todo, el de la imputación de cargos, que constituyen la base de las acusaciones y enjuiciamientos.

Lo anterior justifica que se realicen esfuerzos para lograr el conocimiento de aspectos importantes de la teoría del delito entre los muchos que le son propios.

RESUMEN DEL MÓDULO

Conforme al sistema penal adoptado para Colombia en la Ley 599 de 2000, el estudio del delito, desde el punto de vista dogmático versa sobre cuatro aspectos estructurales conforme la teoría los ha desarrollado en la medida de una constante renovación de sus contenidos, a saber: la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Las tres primeras podrían configurar el tipo de Injusto o injusto típico, con la salvedad de advertir cómo el factor subjetivo de la antijuridicidad,

entendido como conciencia de antijuricidad debe comprenderse dentro del concepto de la Culpabilidad, como se deduce del estudio del error en el tipo y el error en la licitud. El Módulo, pues, trata de manera concreta los aspectos más importantes de la teoría del delito según esta metodología adoptada por nuestro legislador.

SINOPSIS LABORAL DEL AUTOR

HERMAN GALÁN CASTELLANOS es Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Nacional de Colombia, con Curso de Doctorado en las Universidades Complutense de Madrid y de Salamanca. Ex Juez de la República, Ex Magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, Abogado en ejercicio de la profesión. Docente en Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, y Coordinador de Postgrado de la misma Facultad.

OBJETIVOS

Og

OBJETIVO GENERAL DEL MÓDULO

Ante la opción del modelo penal acusatorio en el procedimiento penal colombiano, con énfasis en la teoría del caso y la imputación, es preciso que los destinatarios de este programa obtengan una visión renovada y ajustada a las nuevas tendencias metodológicas e interpretativas que surgen de conjugar tales postulados con los de las categorías que informan la teoría del delito, aplicada al derecho penal especial. Constituye una falacia afirmar que el SPA eliminó la dogmática penal en torno de la teoría del delito.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO

De acuerdo con lo anterior, por el contrario, más que nunca se impone revisar conceptos estereotipados de causalismo y confrontarlos con los de imputación, de rango constitucional. La posición de garantía en la omisión, la situación de riesgo en sus diferentes aspectos y, por consiguiente, los temas atinentes a la imputación objetiva, que tiene que ver con la temática de la conducta punible, conducen hoy a su obligado estudio y comprensión. Igualmente todo lo concerniente al tipo de injusto, la participación de personas en la conducta punible (autoría y coparticipación). Desde luego, el concepto contemporáneo de la culpabilidad, hay que conformarlo dentro de los diferentes aspectos del error, la exigibilidad, la conciencia de antijuridicidad y la necesidad de pena.

Unidad 1: Teoría del Delito

Introducción

FUNCIÓN Y MÉTODO DE LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO

*“Los que se dedican a la práctica sin la ciencia,
son como marinos que se hacen a la mar sin brújula ni timón
y nunca saben decir con certeza hacia donde van.
La práctica debe fundarse siempre en una sólida teoría”*

Leonardo

La teoría del delito tiene como objetivo teórico fundamental, el conocimiento de los principios básicos y su articulación sistemática conforme con las características generales con las cuales los regula el derecho positivo. No se trata de una propuesta sobre lo que el delito debería ser sino el marco que el derecho penal positivo elabora como límite para la ciencia jurídico-penal. Sin embargo, esto no impide un margen de libertad cognitiva, por cuanto que los principios que la informan dependen de valoraciones de orden filosófico y político, no precisamente impuestos por los preceptos del derecho positivo. Por consiguiente, no sería exacto entender que la teoría del delito ofrezca una serie de conceptos que obedezcan solamente a exigencias sistemáticas con prescindencia de esos ingredientes valorativos. En efecto, ya no es de la esencia de la metodología jurídico-penal, ni el abstraccionismo puro que en algún momento de su evolución lo caracterizó ni el aislacionismo que lo conduzca a posiciones inhumanas y autoritarias como consecuencia de un rancio racionalismo lógico, por cuanto que ha de estar al servicio de valores humanos elementales que la liberen del positivismo puro cuando se integra en un orden social en donde se le garantiza al hombre su dignidad y la plena realización de su individualidad y potencialidad.

La estructura de un Estado Social y Democrático de Derecho constituye el punto de partida para integrar tanto la teoría del delito como la función y los límites de la pena. Los diferentes elementos que componen esta teoría operan entonces como límites del poder y en particular, del llamado derecho penal subjetivo ("*ius puniendi*"), entendido como la facultad concedida al Estado para imponer sanciones, y por consiguiente, cada concepto teórico establece un límite y a la vez una garantía.

El módulo que sobre la teoría general del delito que aquí se presenta, se ubica dentro del sistema penal colombiano comprendido principalmente dentro de la Ley 599 de 2000 y por lo tanto, comprende el estudio del delito dentro de un sistema *coherente y armónico que incluye las características de racionalidad, objetividad e igualdad* que garanticen el afianzamiento de la seguridad jurídica sin que por ello se incurra en un abstraccionismo teórico que lo aleje de la realidad y específicamente de los problemas y de las soluciones que la política criminal propone para incorporarlas en el sistema jurídico.

Este sistema a su vez, debe entenderse completamente vinculado con la Constitución Política Nacional dentro del contexto de un Estado Social Democrático de Derecho y, además, se apoya en un método dogmático comprendido en sus diferentes fases de interpretación, sistematización y crítica¹.

No se descarta, empero, que dentro de un ámbito de globalización que se traduce en la internacionalización de algunos conflictos, esto es la trasposición de fronteras por parte de conductas delictuosas modernas que obedecen a una criminalidad organizada, creciente y poderosa, pueda percibirse una ampliación del ámbito de lo punible como ocurre ante conductas tales como el terrorismo, el narcotráfico, el mercado de armas, el tráfico de personas, los delitos ecológicos y que paralelamente a ello, se estén presentando marcados retrocesos del sistema garantista propio del derecho penal liberal, como efecto de una política criminal real que algunos califican como efectista, ineficaz, caótica y tendencialmente anti-garantista².

1 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal*. Parte General. 4 ed. Conlibros, Bogotá, 2009., p. 479.

2 CADAVID QUINTERO, Alfonso. *Introducción a la Teoría del Delito*. Díké, Santafé de Bogotá, 1998., p. 31

Capítulo I

TIPO DE INJUSTO

1.1 SISTEMA COLOMBIANO: LEY 599 DE 2000

Un sector muy importante de la doctrina jurídico-penal señala que son dos (concepción bipartita), los pilares sobre los cuales se basa el concepto de delito, a saber: La *antijuridicidad y la culpabilidad*³. La conducta y su tipicidad están comprendidas en la antijuridicidad, entendida ésta como lo contrario al derecho (*contra jus*). La culpabilidad alude al autor del hecho antijurídico que lo comete en condiciones psíquicas de normalidad motivacional.

Otro sector igualmente importante, discrepa de esta estructura bipartita del delito, al preferirla integrada por tres elementos (concepción tripartita), a saber: primero, la tipicidad de la conducta, segundo, su antijuridicidad y, tercero, la culpabilidad del autor, estimando que la tipicidad (el tipo penal), no constituye *ratio essendi* del **injusto** sino *ratio cognoscendi* del mismo, por lo tanto, la tipicidad cumpliría una función indiciaria de la antijuridicidad, esto es, se constituye en su fundamento cognoscitivo⁴, como un desvalor que se confirma o desvirtúa según concurren o no, causas de justificación.

De lo expuesto, se explica la diferente terminología que en el derecho penal se utiliza para referirse al delito, según los elementos que lo integran, así, cuando se menciona el **tipo** a secas, se hace referencia al que cumple una función fundamentadota- indiciaria de la antijuridicidad (*ratio cognoscendi*), y cuando se menciona al **tipo de injusto**, alude a la relación que integra el tipo con la antijuridicidad (*ratio essendi*)⁵. De manera restringida, si se

3 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*. Parte General. PPU, Barcelona, 1996., p. 121.

4 MAYER Edmund. (Cfr. **Vásquez V. Fernando** Ob. Cit. p. 559). En similar sentido RODRÍGUEZ MOURULLO Gonzalo en D. Penal. Parte Gral. Ed. Civitas S. A. 1978. p 261.

5 Para Mezger, el delito es “acción típicamente antijurídica y culpable. La expresión típicamente, implica la indisolubilidad de la tipicidad y la antijuridicidad; es, por eso, que en todas estas obras la antijuridicidad antecede a la tipicidad, porque la antijuridicidad da la valoración que permite entender la tipicidad”. “..es decir, constatada la tipicidad necesariamente se da al mismo tiempo

pretendiera identificar el tipo con el principio de legalidad, se aludiría al *tipo garantía* e igualmente, cabría otra voz para señalar los caracteres objetivos de una situación de justificación, al *tipo permisivo* ⁶.

Por encima del aspecto terminológico, no sobra indicar la conveniencia de precisar el alcance de estas expresiones, si se tiene en cuenta que el sistema penal colombiano consagra un concepto analítico tripartito ⁷ que, como luego se verá ⁸, se plasma en la sistematización del error de tipo y error de ilicitud.

El legislador, es cierto, no está llamado a afiliar un código penal a determinada tendencia evolutiva o escuela metodológica ⁹. Es así que la Ley 599 de 2000 no se compromete con la terminología antes mencionada ni con algún movimiento teórico en particular. Así, en su artículo 7, a propósito de la igualdad, establece que “*el funcionario judicial tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito*”. Parecería referirse a un sistema bipartito, el **injusto**, que comprendería, por una parte, la **conducta típicamente antijurídica**, como un todo y, por la otra, la **culpabilidad**.

la antijuridicidad. En el mismo sentido Sauer.” (Cfr. **Bustos Ramírez**, J. Ob. Cit. p. 133). Los partidarios de esta teoría entienden que para que el legislador tipifique (prohíba) una conducta, por lo inconveniente para el bien común o para la convivencia pacífica, debe consultar de manera genuina y auténtica la injusticia e ilicitud de dicha conducta para entonces describirla en el tipo. En este orden de ideas el tipo viene a ser fundamento real y de validez: *ratio essendi*.

6 ZAFFARONI EUGENIO, Raúl. *Derecho Penal Parte General*. Ed Ediar 2000. p. 418,419.

7 BARBOSA CASTILLO, Gerardo. *Teoría del Delito*. Tipo Objetivo. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Lección 13. p. 209. Ed. Universidad Externado de Colombia 2002.

8 *Ibíd.* Capítulo V. Error de tipo y de ilicitud.

9 “...Cuando se trataba de exponer la sistemática del delito en esa legislación (C.P. de 1980) se generalizó lo que alguna vez se calificó como una teoría de la matrícula, al postular un neokantismo sistemático que con su escisión entre ser y deber ser o entre la teoría y la realidad, se ajustaba cabalmente a las necesidades de un derecho penal al servicio de los detentadores del poder en el continente. Las consecuencias de tal manera de abordar el derecho penal positivo, fueron apenas comprensibles: se postulaba, contra toda lógica, que el Legislador había asumido una determinada sistemática que impedía al expositor formular cualquier elaboración no coincidente con el pensamiento oficial, so pena de ser descalificado con base en argumentos de autoridad; se castraba el empleo de la interpretación como de herramienta hermenéutica, con el olvido de las abundantes previsiones legislativas al respecto y, por supuesto, se corría el riesgo de llevar el derecho penal a un estancamiento teórico de proporciones”. VELÁSQUEZ V. Fernando Ob. Cit. p. 496.

En el artículo 32.11 a propósito de la conciencia de la antijuridicidad y del error sobre la ilicitud de la conducta, la Ley 599 de 2000 consagra que *“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”*. Claramente se entiende que el legislador equipara **injusto** con **antijuridicidad** (*“contra-ius”*), sin involucrar en esta dialéctica a la conducta típica o al tipo (a secas), propiamente dicho¹⁰.

1.2. TIPICIDAD

1.2.1. Concepto

La tipicidad debe ser enfocada desde un doble punto de vista, uno de carácter estático y descriptivo-valorativo que le corresponde al legislador, mediante el cual cumple las finalidades propias de un Estado social, democrático y de derecho, por medio de su instrumento comúnmente denominado **tipo penal** y, otro, de carácter dinámico-valorativo que le corresponde al juez con la actividad denominada de **adecuación**, que es más que una simple subsunción.

En el primer aspecto (tipo penal), el Legislador tiene un compromiso político-social que consiste en determinar de manera precisa cuál o cuáles conductas perturban la convivencia pacífica, con el desconocimiento de bienes e intereses que en determinado momento histórico resultan de fundamental importancia para los individuos y para la sociedad que conforman. En este orden de ideas, el legislador reconocerá por medio de un marco legal o jurídico, el carácter de ese bien y por consiguiente, el de la conducta que contra él atenta y que por ello, se ha de prohibir, dentro del

¹⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. enseña que el bien jurídico obra como un principio garantizador de carácter cognoscitivo, porque la sociedad toda y cada sujeto en particular, por su intermedio, sabe claramente qué es lo que se está protegiendo. *“Lo injusto, y, por tanto, el delito, giran alrededor del bien jurídico”*. *“El bien jurídico determina pues lo injusto y, por tanto, el delito no es sino lo injusto para el ordenamiento jurídico, su contenido esta dado por la tipicidad y la antijuridicidad”*. Se entiende que el autor comparte la estructura bipartita, llamando injusto al binomio tipicidad y antijuridicidad. Manual de Derecho Penal. Parte General. Tercera Edición. Ed Ariel 1989. p. 155. MIR PUIG, concluye que la voz **delito** es justamente igual a tipicidad y antijuridicidad. *“La culpabilidad no es contenido del hecho ni del injusto y tampoco por tanto del delito, sino que está referida al sujeto responsable”* (cfr. Bustos R. Ib.)

principio de la *última ratio* del derecho penal. Desde este punto de vista, el tipo, adquiere un carácter valorativo, porque al elevarse con la descripción a un rango de conducta prohibida, se genera un acto de valoración, vale decir, se expresa el **desvalor de una conducta**¹¹. Pero además, tiene una incuestionable connotación política por cuanto implica una limitación al poder y en particular, a la facultad punitiva del Estado (*ius puniendi*), limitación consagrada en la parte dogmática de la Constitución Política¹². Además, implica un compromiso social que coincide con el carácter democrático del Estado, porque al mismo tiempo que pretende la protección de los bienes jurídicos (**desvalor de resultado**), tiene el deber de garantizar la efectividad de principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política¹³. Así las cosas, las acciones y omisiones objeto de la prohibición, adquieren un contenido real y objetivo dentro del marco de una relación social y de una consideración desde el bien jurídico¹⁴.

En cuanto a la **adecuación típica**, debe resaltarse que la tarea del juez o jueza, también tiene un importante ingrediente político que consiste en interpretar y aplicar el Estado Social Democrático de Derecho en cuanto a los fines esenciales del mismo, como son servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de principios derechos y deberes consagrados en la Carta Política.

Se debe superar, pues, el simplismo jurídico de la subsunción mecánica, entendiendo que cuando el tipo legal describe acciones u omisiones, está haciendo referencia a un ámbito situacional determinado, por lo cual la tipicidad, consecuentemente, es la configuración de una realidad, así que el juez o la jueza no enfrenta simplemente una conducta positiva o negativa sino que afronta la complejidad **del caso**¹⁵. El juez o la

11 ZAFFARONI. Ob. Cit., p. 417.

12 CONSTITUCIÓN POLÍTICA, artículo 29: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme con Leyes preexistentes...”.

13 Ibid., artículo 2 y Ley 599 de 2000, artículo 10: “La Ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal”.

14 BUSTOS RAMÍREZ. Ob. Cit., p. 158.

15 Ibid., p. 158. “El derecho no está en situación de prohibir o mandar hechos físicos y ni siquiera psíquicos, sino únicamente que en una determinada situación concreta no se dé una determinada forma de comunicación. El derecho solo puede mandar o prohibir formas de comunicación de los sujetos con lo cual fija en la relación social determinadas posiciones de los individuos y objetos y al mismo tiempo interacciones entre ellos”.

jueza deben sobreponerse a lo formalmente jurídico, para interpretar mediante la emisión de un juicio de razonabilidad y conforme con el paradigma de la argumentación jurídica tanto el supuesto de hecho normativo como el caso realmente ocurrido, con lo cual entra en el fascinante campo de la creación del derecho.

1.2.2. Funciones

La tipicidad cumple diferentes funciones por medio del **tipo legal** que es su instrumento, a saber:

- A. Función garantizadora:** El tipo legal es la concreción y desarrollo del principio de reserva legal del cual surgen consecuencias de orden sustancial, procesal y de ejecución penal. Obedece a un pensamiento humanístico que constituye una enorme conquista del derecho ante la arbitrariedad y el autoritarismo con los cuales suele revestirse el poder, cumpliendo el conocido precepto del *nullum crimen, nulla poena sine lege* previa. Le garantiza además al ciudadano, conocer el ámbito situacional al cual se refiere la norma, de tal modo que exista claridad sobre el objeto de la prohibición, por consiguiente, si la cláusula legal empleada por el tipo es ambigua, confusa, contradictoria o equívoca, se puede entender que no resiste un examen de constitucionalidad, puesto que como garantía no puede convertirse en trampa al ciudadano.
- B. Función fundamentadora o indiciaria:** En la concepción tripartita ya mencionada, el tipo legal implica un indicio de la antijuridicidad, esto es, que dada la conducta típica, *iuris tantum*, se puede presumir que la conducta es antijurídica, este es el llamado *tipo dogmático*¹⁶ y es la acogida por la Ley penal colombiana.
- C. Función sistematizadora:** El tipo legal permite seleccionar las diferentes conductas delictivas a partir de características tales como la calidad de los sujetos, el bien jurídico afectado, la cláusula cerrada o abierta o conglobante.

16 VELÁSQUEZ V. F. Ob. cit. pág. 557

- D. Función descriptiva:** Consecuente con la anterior función, el tipo se encarga de describir todos los elementos que configuran la conducta punible, las particularidades de los sujetos tanto activos como pasivos, el llamado verbo rector que facilita al Juez o la Jueza determinar momentos consumativos, elementos normativos, vale decir valorados en otras disposiciones, por lo general de carácter no penal y, claro está, el señalamiento de circunstancias concretas que permiten establecer la gravedad de la conducta y la consecuente cuantificación o modalidad punitiva.
- E. Función promocional:** El tipo legal no se limita a la formalidad descriptiva o sistematizadora arriba indicadas. En realidad, dentro del concepto comunicacional o dialogal de la norma, ésta envía un mensaje a los destinatarios de la misma (primarios o secundarios), para cumplir con uno de los fines esenciales del Estado que consiste en promover el bienestar, la convivencia pacífica y la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Así, el tipo penal que describe el homicidio a la vez que envía un mensaje de “prohibido matar”, está indicando que se debe respetar la vida como derecho, como valor y como principio social.
- F. Función protectora:** En el mismo sentido, la tipicidad por medio del tipo legal encierra un mensaje de protección y tutela de los bienes jurídicos importantes para la coexistencia social. En este orden, la descripción del tipo de homicidio simple implica un mensaje de prevención general indicando que la vida es sagrada, que la vida está protegida por el derecho y que el derecho penal acude a su debida tutela cuando resulte propio¹⁷.
- G. Función motivadora:** Es una de las más importantes que el orden jurídico por intermedio del tipo penal cumple, por cuanto que dentro del concepto dialogal ya mencionado, la Ley conlleva un mensaje de persuasión a su destinatario primario que consiste en el respeto al derecho, la prohibición de su vulneración o exposición efectiva al peligro, todo ello, bajo un estímulo pedagógico implícito en la sanción que conforma con el

17 BERDUGO GÓMEZ de la Torre Ignacio y Arroyo Zapatero Luis. *Manual de Derecho Penal*. Parte General I. Instrumentos y Principios Básicos del Derecho Penal. Ed. Praxis. 1994. p. 9 y 10.

supuesto de hecho, el complemento normativo de carácter preventivo y retributivo que fundamenta el contenido de merecimiento de pena¹⁸. De la capacidad del destinatario, de la norma para comprender el mensaje y para comportarse en desacuerdo con él, va a depender la conformación del elemento culpabilidad.

Ahora bien, el tipo de injusto ha de contemplarse en dos aspectos conceptuales, a saber: **el tipo objetivo y el tipo subjetivo**.

1.2.3. Tipo Objetivo

El tipo objetivo comprende un aspecto de este instrumento de la tipicidad con el cual se describen los elementos configurativos de la conducta objeto de prohibición normativa, con todos sus ingredientes, a saber: formas (acción y omisión), acción por omisión, sujetos, objeto material, elementos normativos y, para algún sector de la dogmática, ausencia de presupuestos objetivos excluyentes de responsabilidad. Además, las circunstancias genéricas y específicas que puedan agravar o atenuar la responsabilidad.

Ya se ha dicho que el tipo penal obra como instrumento legal adecuado para prohibir conductas bajo conminación sancionatoria y que el tipo no constituye simplemente una descripción clara de una acción o de una omisión, por lo cual es comprensible que al Legislador no le resulte fácil, la tarea de crear tipos penales pues está en la obligación de emplear fórmulas concretas, explícitas, transparentes, en las cuales al mismo tiempo se plasme la “plasticidad y variabilidad de las conductas humanas”, utilizando el lenguaje más representativo y omnicomprensivo evitando términos polisémicos o de polivalente sentido¹⁹.

De suyo, en el proceso de adecuación, el Juez o la Jueza como destinatario secundario, enfrentará un lenguaje no gramatical, no semántico y sí de carácter semiológico que le aportan sujetos profanos que utilizan su lenguaje corriente, social por lo general distante, que se encuentra en los

18 ROXIN Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Fundamentos, la estructura de la Teoría del Delito. Ed Civitas S.A. 1997. p. 286. También MIR PUIG. S. Ob. cit. p. 586. Ver VELÁSQUEZ V. F. Ob. cit. p. 274.

19 El KHOURY Jacob, Henry Issa y Chirino Sánchez Alfredo. *Metodología de Resolución de Conflictos jurídicos en Materia Penal*. Ed. Ilanud. 1991. p. 95 y s.s.

diccionarios de la lengua, por lo cual el proceso de adecuación por medio de elementos lingüísticos en ocasiones, resulta difícil y prolijo.

De la técnica descriptiva surgirán diferentes clases de tipos como son los llamados básicos, colaterales, cerrados, abiertos, en blanco y aquí cabe mencionar, los elementos normativos del tipo ya antes aludidos, como también en las especiales particularidades que han de concurrir en los sujetos de la conducta punible. Otro tanto se predica del objeto material sobre el cual recae la acción o la omisión. Igualmente, el empleo del verbo rector y en ocasiones de elementos accesorios del verbo, como cuando se indica el verbo reflexivo o un adjetivo posesivo o cuando se señalan con especial impacto en la conducta y en la pena los medios empleados para la realización de la acción.

Son pues elementos del tipo objetivo: la conducta y sus especies (Infra 1.2.3.1, pág. 43), los sujetos, activo y pasivo, (Infra 1.2.3.2, pág. 69 y 1.2.3.3, pág. 71), el verbo rector (Infra 1.2.3.4, pág. 73), y los elementos normativos del tipo (Infra 1.2.3.5, pág. 73). A ellos nos referimos a continuación.

1.2.3.1. Conducta

A. Concepto

No obstante que en el lenguaje jurídico corriente suele utilizarse como equivalentes las expresiones *acto*, *hecho*, *acción* y *conducta*, lo cierto es que esta última locución es la que tiene estricta validez como elemento estructural del tipo y por consiguiente de la teoría del delito. En efecto, *hecho* es una expresión amplia en la cual además del carácter humano que lo pueda protagonizar, también puede obedecer a un acontecimiento de la naturaleza que produce efectos jurídicos no relevantes estos últimos para el derecho penal. La locución *acto* tiene también una connotación amplia y genérica que si bien no comprende los hechos de la naturaleza, sí permite una referencia a procedimientos, diligencias, decisiones, providencias, mandamientos de autoridades administrativas o judiciales, actuaciones de personas jurídicas e inclusive modos de obrar (actos positivos, actos de posesión, actos legítimos, actos negativos). Sin embargo, sin duda no es

incompatible con la expresión *conducta*. La voz *acción* por el contrario, está más restringida como especie que alude a conductas positivas, objetivas que trascienden el mundo exterior, modificando, creando o extinguiendo el derecho y que por lo mismo aparece contrapuesto a la palabra omisión. El término *conducta* está más referido a una comprensión jurídica atinente a los seres humanos y a sus facultades psíquicas superiores. De ahí que resultara incorporada en el texto de la Ley 599 como género que admite modalidades subjetivas (dolosa, culposa o preterintencional), o modos de realización por acción o por omisión.

Pero, lo más importante al respecto es resaltar su carácter político como límite al poder y como pauta configurativa de una garantía preciosa del individuo que repercute en que el derecho penal no sea de autor, como la tendencia positivista natural del siglo XIX lo permitió con sus paradigmas de peligrosidad y defensa social repetidos, lamentablemente, por los años 30 del siglo XX.

El derecho penal es fundamentalmente de acto, entendido como propio del obrar humano²⁰ y como tal, tiene su fundamento constitucional en el mismo artículo 29 conforme con el cual nadie puede ser juzgado sino conforme con Leyes preexistentes al **acto** que se le impute; por consiguiente, se refiere a un comportamiento, al cual lo precede el conocimiento y la voluntad libres de impedimentos que lo obnubilen o lo anulen (casos de ausencia de conducta), con relevancia social y dentro de un contexto normativo, por cuanto para que la conducta sea penalmente relevante, tiene que necesariamente ser típica. Así las cosas, la conducta por reprochable, vituperable o abyecta que sea, no trasciende al campo penal, si la Ley no la contempla como delictuosa, así que, sin descartar su carácter psicológico y óntico, su naturaleza debe ser contemplada desde un punto de vista normativo.

En consecuencia, del principio de acto se infiere:

a) Que el pensamiento no delinque (*cogitationes poenam nemo patitur*).

20 ONECA, Antón. *Derecho Penal*. Akal, Madrid, 1986., p. 182. “El hombre no delinque en cuanto es, sino en cuanto obra”.

- b) De *lege lata* aún los actos preparatorios del *iter criminis* deben considerarse impunes, porque no revelan palmariamente un principio de ejecución penalmente relevante, es decir, que pongan en peligro bienes jurídicos, salvo cuando *per se* constituyan hechos materiales nocivos para el bien jurídico como el porte de armas, concierto para delinquir, amenazas, instigación e incitación al delito.
- c) En el Estado de Derecho, la responsabilidad penal se basa en la acción u omisión típica y no en un modo de ser de la persona, pues desde un punto de vista político, el derecho penal de autor debe ser rechazado como incompatible con las exigencias de certeza y seguridad jurídicas que le son propias²¹.
- d) El principio exige que la descripción legal del presupuesto normativo sea claro y exhaustivo, excluyendo cláusulas generales y limitando las normas penales en blanco cuando su remisión no incluye Leyes estatutarias, orgánicas u ordinarias, sino disposiciones jurídicas de menor jerarquía.

B. Especies

El concepto de conducta, objetivamente comprendida, se realiza por medio de dos formas, una positiva, que se denomina acción, y otra negativa, llamada omisión pura o simple que consiste en no hacer algo determinado (la conducta que se comprende como acción por omisión es una omisión en la cual se requiere la no evitación de un resultado y por ello, se denomina también omisión impropia), se aludirá, primero a la acción, como una especie del género conducta.

a) De la acción

- **Concepto idealista:** En los albores del derecho penal científico, se prefería la terminología de acción y ésta se tuvo como “piedra angular” del delito. Concebida la noción dentro de la concepción aristotélica que luego inspiró la *ius naturalista* influida por el cristianismo de la edad media, se atribuye a Pufendorf haberla introducido en el

21 MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. *Principios Penales en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Revista de Derecho Penal y Criminología. 1991

siglo XVIII al derecho penal dentro de un concepto de *imputación* que luego fue formulado por Hegel (siglo XIX), al definirla como la exteriorización de la voluntad, de tal manera que pueda ser referida o imputada al autor como obra suya. Por consiguiente, para este filósofo alemán el delito es expresión de una voluntad irracional que está en contradicción con otra que es racional y además real, puesto que en su concepto sólo lo racional es real, y por ello el derecho es la expresión de la voluntad racional; y si el delito es la negación del derecho, cae en el plano de lo irracional (la pena es la negación de la negación de tal manera que si el delito niega el derecho, la pena niega el delito, luego la pena confirma el derecho), con lo cual se le otorga al concepto, un carácter predominantemente subjetivo, máxime si siempre se concebía como libre, pues debe advertirse que por esta época del siglo XIX surgieron grandes contiendas dentro de la “*perenne dialéctica entre libertad y necesidad, entre absolutismo ius naturalista y racionalista y el relativismo histórico-sociológico*”²². En este plano racionalista, es claro que no se admitía la posibilidad de penar un comportamiento no libre, dado que no sería una negación del derecho. La premisa según la cual sólo las acciones pueden ser antijurídicas, planteó una inescindibilidad con la antijuridicidad y con la misma culpabilidad.

En esta formulación que entendía la acción humana no sólo en sentido causal sino también final, la comprendía también como libre, por lo cual permitió que fuera atribuible o imputable según la relación entre la voluntad y el hecho, en el sentido objetivo (*imputatio facti*), o en el subjetivo *imputatio juris*, convirtiéndose así en la teoría precursora de los conceptos de imputación de las teorías modernas. Por estas razones, este criterio se ha conocido como concepto idealista de acción²³. Firmemente afiliada a la solución idealista de la libertad moral absoluta, fue la Escuela Clásica Italiana (de Carrara), que surgió dentro del ambiente político criminal producida por el iluminismo y que por lo tanto, postuló el libre arbitrio y el binomio responsabilidad moral-pena retributiva como fundamento de la responsabilidad penal, la cual se basó sobre tres principios fundamentales, la voluntad culpable, la imputabilidad y la pena proporcional al mal cometido. El postulado

22 MANTOVANI, Ferrando. *El Siglo XIX y las Ciencias Criminales*. Monografías Jurídicas, N° 61. Ed Temis 2000. p. 2

23 ZAFFARONI R.E. pág. 383. VELÁSQUEZ F. p. 515

del libre albedrío como componente de la responsabilidad, delimitó el derecho penal dentro de un marco abstracto propio del derecho natural racionalista, alejado de la realidad naturalista y social, relegando del derecho penal a los delincuentes no imputables (no libres), a quienes sólo se les sometería a medidas especiales de carácter preventivo.

- **Concepto natural-ontológico:** La noción de acción, como así predominantemente se denominaba lo que hoy llamamos conducta, registró un cambio radical a finales del siglo XIX y comienzos del XX dados los impactos e influencias recibidos desde el positivismo real también denominado positivismo natural elaborado en franca contraposición al racionalismo, tanto que el siglo XIX se conoció como “siglo de la dialéctica de los contrarios”²⁴. Este modelo metodológico obedecía a un concepto apoyado en el positivismo mecanicista de tanto apogeo en el siglo XIX como tributario de las concepciones científicas de Galileo, Newton, Spencer, Darwin, Comte, etc., conforme con las cuales dentro del Universo existe un mecanismo de causas y efectos del cual la conducta humana forma parte puesto que también obedece a una sucesión de causas y efectos. La causalidad en este esquema, se presenta con unas características rígidas de invariabilidad, necesidad y veracidad que le son transmitidas al concepto de acción.
- **Teoría Causalista-naturalista:** Es el sistema sostenido por Franz Von Liszt y por Ernst Fon Beling que se identifica con el pensamiento científico de las ciencias naturales y sociales; por lo tanto, con su adhesión al positivismo naturalista aplicado y al campo de la teoría del delito.

La acción aparece como sustancial por su carácter omnicomprensivo y está considerada como un hecho de la naturaleza que se entiende como un movimiento corporal cibernético (“inervación muscular”), en el cual la voluntad humana es un simple impulso entendido en el sentido mecánico de impeler, detonar, dar partida o imprimir un movimiento puesto que dado el sistema estratificado como concibió la teoría del delito (por estancos o fragmentos), la voluntad plena va a tener operancia en la culpabilidad, no en la acción²⁵.

24 MANTOVANI Ob. cit. p. 3

25 Dijo BELING: “si ha de tender a lograr completa claridad, no solo se ha de concebir incoloro el aspecto volitivo, sino también el aspecto externo de la acción. No debe sorprender que de este modo el

Como quiera que en el concepto de acción, el resultado se entiende como una modificación sensible del mundo exterior, ese impulso, del mismo modo que en las ciencias naturales, obra como causa de ese resultado; así pues, el concepto natural de causa, perceptible por los sentidos, sólo se reconoce en la medida en que es expresado mediante un movimiento corporal. Para los causalistas de esta metodología, la acción es tomada en dos aspectos: uno, causal-objetivo, que se caracteriza como impulso en cuanto se expresa por el movimiento corporal y, otro, causal-negativo que resulta de la inexistencia de coacción. En la omisión, la causa se comprende como conjunto de actividades neuromusculares que el individuo desarrolla para evitar la práctica del acto.

- **Teoría Causalista-valorativa:** La teoría causalista nunca fue pacífica ni dominante, por ello se explica que se hubiera formulado tantas definiciones de causalidad²⁶ que de ninguna manera contribuyeron a aclararla y fortalecerla y, por el contrario, la tornaron más compleja e intrascendente, hasta el punto que de todas maneras resultara inaplicable, o bien por su alto grado de dificultad comprensiva o ya por inocua dada su obviedad.

Desde el mismo cientificismo natural se le formularon serios reparos para contradecir sus postulados de inmutabilidad, necesidad y veracidad, conforme con los cuales dada la causa, **probablemente** se dará un efecto y no **necesariamente** producirá el efecto. Se comprobó que el concepto natural de acción estaba alejado de su realidad y, además,

concepto se convierta en un fantasma sin sangre. La tipicidad resulta así una característica totalmente objetiva, sin asomo alguno de valoración o subjetividad. Lo único que interesa constatar es el resultado producido por la acción y la relación de causalidad. La tipicidad es meramente descriptiva y objetiva" "La valoración de este proceso de la naturaleza se produce al considerar su dañosidad social o ataque a bienes jurídicos, es decir, la antijuridicidad que viene a ser un elemento objetivo valorado. El contenido de la voluntad se logra en la culpabilidad, que establece la relación subjetiva psicológica con el hecho típico antijurídico. La culpabilidad es el aspecto subjetivo del delito." "Por eso el delito es acción" Cfr. Bustos R. J. p. 138-139

- 26 Teoría de la *Equivalencia de Condiciones* desarrollada por Reich Von Buri con sus diversas modalidades a saber, cursos causales acumulables, causas de sustitución o cursos salvadores, causalidad adelantada, doble causalidad o causalidad alternativa. Teoría de la *Causa Eficiente* de M.E. Mayer; *Causa Próxima*, de Ortmann. *Causalidad Adecuada* de Rohland, Köler, Sauer, Antón. Teoría de la *Relievancia* de Mezger; de la *Condición Humana* de Antolisei. *Condición Ajustada a las Leyes de la Naturaleza* de Engisch. *Causa Típica*, de Beling, *Causa Jurídica* de Maggiore y, muchas más. Ver JIMÉNEZ DE ASÚA Luis. *Tratado de Derecho Penal*. T. III, Ed. Losada S.A. p. 510 a 567.

en cuanto a la omisión se refiere, su explicación se presentaba francamente inaceptable²⁷. Popper, neopositivista, señaló que la cientificidad de una Ley se comprueba mediante su falsificabilidad. El dogma de la causalidad, como fue enunciado, jamás sería falsificable, por lo cual hay que excluirlo por “metafísico de la ciencia”.

Un proceso semejante se presentó en la criminología, influenciada también por la causalidad que la condujo a establecer factores de criminalidad en el campo del determinismo tales como los de orden hereditario, antropológico o sociales. Los funcionalistas de comienzos del siglo XX, reemplazaron el concepto de factor o causa por el de función²⁸. El planteamiento funcionalista dio lugar a conceptos macroestructurales para la explicación de la criminalidad como se plasmaron en las llamadas teorías de la anomia, la desviación o la marginalidad.

Con el interaccionismo simbólico se evolucionó aún más en la sociología y en la criminología, puesto que aludió a un proceso interactivo entre el sujeto y el objeto, es decir, el sujeto penetra el objeto con sus prejuicios, valoraciones y actitudes pero al mismo tiempo, es recíprocamente penetrado por el objeto hasta el punto de que cada individuo es “un yo y un mí”.

Así, el dogma de la causalidad que servía de base a la teoría del delito, desde Beling hasta Welzel y que se apoyaba en un supuesto de “verdad” desde las ciencias naturales y sociales, aparece no sólo cuestionado sino también desvirtuado. “El recurso al argumento de verdad de la dogmática tradicional ha desaparecido”²⁹.

27 El dogma de la causalidad se puso en discusión desde los albores del siglo XX, aun desde las mismas ciencias naturales. HEISENBERG, expresa que “*mediante la mecánica cuántica se comprueba definitivamente la falla de validez de la Ley de la causalidad*”. Esto significa que entre antecedente y consecuente no hay una relación de necesidad, sino sólo de probabilidad, no existe pues la invariabilidad proclamada por Comte”. “En otras palabras, el dogma de la causalidad es pura metafísica o bien una perogrullada, pero en caso alguno una Ley científica”. Cfr. BUSTOS R. J. en BASES CRÍTICAS. Ob. Cit. p. 5

28 *Investigaciones y lecciones de Durkheim, Parsons, Merton, Lhumann.*

29 BUSTOS R. Juan. *Bases Críticas de un nuevo Derecho Penal*. Op. Cit., p. 7.

Gustav Radbruch atacó el sistema causalista naturalista al advertir que no existía un concepto superior que permitiera poner orden a diferentes conductas delictuales, puesto que desde esa óptica, acción y omisión eran realidades completamente diferentes y entonces, para superar esta contradicción habría que colocar como concepto material de la teoría del delito, la *realización típica*, con lo cual bogaba por una concepción normativa de la acción. Edmundo Mezger, partiendo del mismo sistema de Liszt y Beling, señaló sin embargo, que dentro del concepto de acción existía un querer interno, un comportamiento externo y un resultado exterior. Sin abandonar el sistema, a diferencia de Beling, acogió la teoría de la equivalencia, y advirtió que el tipo no es ajeno al valor, puesto que concibe la antijuridicidad como una lesión objetiva de las normas de valoración y entonces, la acción típica surge justamente como la concreción de esa lesión, en la medida en que no hay causas de justificación, y afirmó así la inseparabilidad de la tipicidad y la antijuridicidad.

Hans Albrecht Fischer reconoció en la acción, la existencia de elementos subjetivos, planteamiento que fue llevado al campo penal por August Hegler. Max Ernest Mayer también hizo hincapié en los elementos subjetivos de las causas de justificación, separando el ámbito de lo subjetivo de lo objetivo, a la vez que destacó la existencia de elementos normativos. De esta manera, en la tendencia evolutiva metodológica que caracterizó a la llamada escuela neoclásica (neokantiana), la tendencia causalista que se había sostenido en el positivismo natural mecanicista pasó a ser mantenido por el idealismo propio de esta tendencia, a un causalismo valorativo.

- **Teoría finalista.** El papel de la voluntad en la responsabilidad de una persona había sido planteado desde Aristóteles, para quien “una persona puede ser hecha responsable solamente por aquellas acciones que surgen del fuero interno del individuo, es decir por aquellas

acciones que son atribuibles a su voluntad, mientras que sus acciones involuntarias, cuya dirección está fuera del individuo, no le pueden ser atribuidas”³⁰.

Pero se atribuye a Hegel la paternidad de haber constituido la acción como el eje central del sistema penal al afirmar que su presupuesto es la voluntad libre; por consiguiente, puede ser considerado también como el padre de la imputación, cuando en su exposición dialéctica sobre el particular, a la Ley de la necesidad opone la de la libertad. En consecuencia, las normas sólo rigen para la voluntad y, por ello, la responsabilidad penal debe referirse a la voluntad y su realización.

Es bien sabido que Welzel apoyó la teoría final de la acción en la fundamentación Aristotélica como también en la Hegeliana, al definir la acción como “el ejercicio de la actividad final”, “fenómeno lleno de sentido, social-éticamente relevante.” “La acción no es una mera causación ciega mediante un impulso voluntario cualquiera, sino que ella es configurada razonablemente en su desarrollo objetivo por un determinado acto final de la voluntad. El suceso externo es expresión de ese acto de voluntad”.

Esta concepción finalista de la acción formulada primero por Hellmut Von Weber y por Alexander Graf zu Dohna pero desarrollada principalmente por Hans Welzel destaca que la acción es el ejercicio de la actividad final humana y no sólo causal por cuanto el hombre, en virtud de su saber y del dominio causal, puede prever, dentro de ciertos límites las consecuencias posibles de su obrar y en tal orden de ideas dirigir su actividad conforme con un plan para la obtención de esos fines. Es pues, un obrar orientado de manera consciente, vidente como no sucede con el acontecimiento causal “ciega”³¹.

30 HUERTA T, Susana. “Sobre el contenido de la antijuridicidad”. p.96 y p. 117. CP. Colombiano, ya derogado. De la culpabilidad. Formas. Art. 35.- “Nadie puede ser penado por un hecho punible, si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención. “Art. 36.- La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible”. Art. 37.- La conducta es culposa cuando el agente realiza el hecho punible por falta de previsión del resultado previsible o cuando habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”. STRATENWERTH, Günter. Acción y resultados en Derecho Penal. p. 23. SACHER de K., Mariana. Evolución del tipo subjetivo. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2006. p. 21.

31 BUSTOS R. J. *Manual de Derecho Penal*. Ob. Cit., p. 143. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. Ob. Cit., p. 518.

De manera similar a la postura Aristotélica, a la Tomista y a la Hegeliana, destaca dos fases en la acción: La subjetiva o interna que le corresponde al conocimiento y que le permite al hombre anticipar y comprender el fin que se propone realizar y, la selección de los medios para la consecución de ese fin y, otra externa, en el mundo exterior, real, en virtud de la cual realiza su conducta en la vida fenoménica, lo que sí supone un proceso causal de la realidad, pero dominado por la determinación del fin y los medios en la esfera de su fuero interno. De esta manera se acaba la separación entre voluntad y contenido de la voluntad que fue impronta de la metodología causalista y además, permite explicar tanto los hechos comisivos como los omisivos, desde una contemplación ontológica.

Para Dohna había que distinguir entre valoración del objeto y objeto de valoración. Si la culpabilidad es valoración, no puede ser al mismo tiempo objeto de valoración, luego el dolo no puede pertenecer a la culpabilidad: lo que se valora es justamente la acción dolosa. A partir de Welzel, la acción final confiere la base subjetiva a lo injusto, el dolo, pues, necesariamente ha de pertenecer a la tipicidad pues recoge justamente esa estructura final de la acción de tal modo que los elementos subjetivos se articulan fácilmente en el tipo o en las causas de justificación, pues tienen por base esa estructura final de la acción.

No obstante que la teoría finalista logró culminar un proceso dogmático en la configuración de la teoría del delito, partiendo de la acción, fue objeto de enormes críticas y debates especialmente por haber enfatizado el desvalor del acto, mediatizando su impacto en el bien jurídico, provocando una tendencia hacia la eticización de la teoría del delito, tanto que daría lo mismo que haya muerto o no un hombre, por ejemplo, pues lo importante es sólo que se haya intentado su muerte por lo cual se produce una distorsión de los valores sociales³².

En el campo teórico-penal resultó claro que una conducta es más que un simple movimiento voluntario, porque la voluntad de hacer el movimiento no existe por sí, sino que se integra en forma inseparable con la finalidad del movimiento, entonces, la *voluntad sin contenido*

32 BUSTOS R. J. Manual de D.P. Ob. Cit. p. 144

*final no es voluntad y la acción humana sin voluntad queda reducida a un simple proceso causal*³³.

En la década de los años 60, en el apogeo de la teoría finalista, surge una nueva etapa en la evolución metodológica de la teoría del delito, dados los efectos en ella de la criminología crítica y de la política criminal que analizaba el delito preferencialmente desde las funciones y la legitimación del Estado. La influencia en la teoría del delito de un Estado Social y Democrático de Derecho limitó los alcances de la teoría finalista que por su planteamiento básicamente ético, se sustentaba sobre un estricto retribucionismo y por tanto sobre la idea de un libre albedrío como principio fundamentador de la imposición de la pena.

Por otra parte, excluía de la acción su significado social pues su relevancia fue considerada como una cualidad occidental que de faltar no excluía la acción sino apenas su relevancia social, francamente subestimada.

- **Concepto social:** Parte de la base de que los tipos penales no pueden captar procesos físicos (como la teoría causal), y que amén de los conceptos psicológicos y finalistas debería abarcar también sus efectos sociales. Se atribuye a Eberhard Schmidt, haberlo enunciando en los años 30 y en la actualidad lo consideran como una variable de la teoría causal con una síntesis superadora de las disputas entre el causalismo y el finalismo con el propósito de resaltar su contexto social. Se trata, en suma, de atribuirle al concepto una vinculación real acorde con el entorno social en donde el comportamiento humano se cumple. Sin embargo, la teoría no tiene mayor significación distinta de facilitar la influencia de lo cultural y del medio ambiente en la llamada adecuación social, el riesgo y el cuidado objetivo.
- **Posiciones de Karl Larenz (1.927) y Reinhart Honig (1.930).** Formularon serios reparos a la teoría causalista, al considerar que para obtener una acertada relación de causalidad entre conducta y resultado, debía tenerse en cuenta de una manera plena la presencia de la voluntad en la acción y por consiguiente, vincular en esta relación al

33 ZAFFARONI E.R. *Manual de Derecho Penal. Parte General. Sexta Edición*

autor de la conducta voluntaria. Como luego se verá estas inquietudes se convirtieron en precursoras de lo que posteriormente se ha conocido como teoría de la imputación objetiva.

El pensamiento de **LARENZ** se sintetiza en los siguientes puntos: Es indispensable deslindar los acontecimientos accidentales, del hecho propio. Ello no puede basarse en la causalidad común al hombre y a la naturaleza. Lo característico del hecho propio es que aparece como una realización de la voluntad del sujeto, característica del ser humano como ser racional. Por lo tanto, por hecho (acción), se entiende tanto el hecho como sus consecuencias, pero en cuanto sea posible abarcarlas por la voluntad. El juicio de imputación objetiva es, por lo tanto, un juicio teleológico que reconduce el hecho sucedido a la voluntad personal y esta relación existe cuando el suceso es predecible y dominable³⁴.

El pensamiento de **Honig** se resume así: la imputación objetiva dilucida la significación jurídica de una relación de causalidad. Esta causalidad es significativa cuando aparece dirigida por la voluntad y sólo ocurre cuando ésta podía prever y dirigir, es decir, alcanzar o evitar su curso. Por ello, sólo son imputables aquellos resultados que aparezcan como previsibles y dirigibles. Sólo la imputación objetiva del resultado -previsibilidad y evitabilidad- permite constituir una omisión o una acción típicas³⁵.

- *Teoría de los elementos negativos del tipo.* La teoría se remonta a Merkel y a Frank, pero ha tenido importantes seguidores que aún la sostienen en la actualidad³⁶. Según esta concepción, la antijuridicidad está íntimamente vinculada al tipo penal, hasta el punto de conformar una misma categoría (tipo total de injusto) puesto que las causas de justificación realmente descartan la tipicidad, ya que si se enmarcan dentro de lo permitido, si lo simplemente típico es lo prohi-

34 "La voluntad nos aportará, pues, la clave para diferenciar entre hecho propio del sujeto y accidente causado por éste". MARTÍNEZ ESCAMILLA Margarita. La Imputación Objetiva del Resultado. Ed. Edersa. p. 19

35 BUSTOS RAMÍREZ JUAN Y LARRAURI ELENA. La Imputación Objetiva. Ed Temis. 1989. p. 75-76

36 Así MIR PUIG, BERDUGO GÓMEZ, HINRISCHSEN, ENGISCH, KAUFFMANN, LANGE, SCHRODER, SHUNEMANN, ROXÍN.

bido, resulta lógico que lo justificado – permitido – niegue lo prohibido ³⁷, vale decir, niega el tipo. Constituye una noción bipartita del delito: injusto y culpabilidad.

- **Concepto personal:** Planteado por Claus Roxin como concepto puramente normativo, parte de la concepción de Hegel para quien la acción es “la objetivación de la persona”. Para Roxin la acción es la expresión de una personalidad, es todo lo que el hombre coordina desde su centro de actividad psíquico espiritual y constituye un criterio para diferenciar las acciones y, además, dotó al concepto de diversas formas de comportamiento como una totalidad que se traducen en voluntariedad, corporeidad, finalidad, no evitación, etc.³⁸
- **Concepto de la evitabilidad individual:** Básicamente la teoría, formulada prevalentemente para los actos imprudentes, establecer que entre la imprudencia de la conducta y resultado ha de existir una específica relación, que sea la manifestación de la lesión del deber de cuidado, pero que habrá que negar la existencia de dicha relación cuando, teniendo en cuenta las circunstancias concretas concurrentes, el resultado también se hubiera producido con el comportamiento correcto. Esta inquietud ya se había propuesto desde las perspectivas de la causalidad, conocida como de la relevancia de los cursos causales hipotéticos, para la cual se creía, vanamente, que la teoría de la *conditio sine qua non* podría aportar la respuesta que permitiera decidir la verdadera causa de un daño. Más, desde el punto de vista normativo, se propuso consultar la finalidad de la norma si se entiende que ésta sólo puede exigir **evitar resultados**.³⁹

37 Privar a alguien de su libertad de locomoción constituye una conducta prohibida (típica), pero hacerlo en virtud de una decisión judicial correctamente proferida constituye una conducta permitida (autorizada) pues se actúan conforme al derecho. No sería lógico sostener que la conducta a la vez que prohibida está permitida. La permisión niega la prohibición, luego descarta su tipicidad.

38 VELÁSQUEZ V.F. Ob. Cit. p. 525

39 “El Derecho penal quiere proteger bienes jurídicos y, por tanto, las normas jurídico penales sólo tienen sentido y justificación allí donde su observancia puede garantizar los bienes jurídicos protegidos frente a posibles menoscabos; de esta manera, no se puede imputar al autor el resultado concreto por él causado cuando éste también se hubiere producido en el mismo momento sin la intervención del autor, cuando éste mediante su acción no ha empeorado, en forma alguna, la situación para el bien jurídico.”. Pensamiento compartido, entre otros autores, por RUDOLPHI, STRATENWERTH y BACIGALUPO. Cita de MARTÍNES ESCAMILLA M. Imputación Objetiva del Resultado. Ob. Cit. p. 204

Günter Jakobs entiende esta categoría como la evitabilidad individual de la producción de un resultado entendiendo la acción como **la producción evitable del resultado** y la omisión como la **falta de evitación evitable de un resultado**⁴⁰.

Para Jakobs, lo inevitable en sí, no se responde penalmente. El derecho penal –dice– garantiza la motivación predominante hacia la evitación del comportamiento prohibido, constituyen acciones aquellas reacciones corporales cuyo lado impulsivo, en caso de motivación predominante para evitar, no habría existido, pues la organización del lado impulsivo es en el concepto de acción, asunto del sujeto⁴¹.

En este orden de ideas, no constituyen acciones aquellos estados que la doctrina en general identifica como **ausencia de comportamiento humano**, tales como las reacciones de sujetos en estados de sueño profundo y de total inconsciencia. Igualmente en los movimientos corporales obtenidos mediante *vis absoluta*, que no son acciones, como tampoco lo son en los casos de movimientos reflejos, eventos de reacción ante el pánico, o en casos de embriaguez letárgica, hipnotismo, caso fortuito, que en suma la doctrina de manera reiterada ha considerado como ausencia de acción.⁴²

Sin duda, la acción está integrada por factores naturalísticos, sociales y jurídicos, entendida como el acto voluntario, evitable, dirigido con dominio del autor en su realización, la cual trasciende de manera real en el mundo exterior. Tiene un precedente claramente **subjetivo**, dependiendo de cómo operan los factores cognitivos y los volitivos, igualmente un componente fenomenológico, de carácter **objetivo** ponderable de manera empírica, especialmente cuando, antes de impactar el resultado previamente representado, recorre un camino (*iter criminis*) divisible en fases, la primera de naturaleza **equivoca** denominada *preparatoria*, la siguiente, **inequívocamente dirigida con medio idóneos**, llamada de *ejecución* y, finalmente, la de *consumación*, vale decir el momento y/o modo de impactar al bien jurídico protegido, señalado por el correspondiente tipo penal.

40 VELÁSQUEZ V. F. Ob. Cit. p. 523

41 JAKOBS G. Ob. Cit. p. 179 y 182

42 MIR PUIG. Op. Cit. p. 193

Es por lo anterior que su estudio y análisis no se puede detener en un método inductivo, experimental o científico, propio de las ciencias naturales, como lo proponía LISZT, en el dualismo que postuló al separar la política criminal del Derecho penal. En efecto, como se predicó desde el funcionalismo moderado de la escuela de Munich, esa separación debe superarse para que el sistema penal se enriquezca con los aportes y valoraciones de la política criminal “*que transforme los conocimientos criminológicos en exigencias político criminales y éstas, a su vez, en reglas jurídicas de lege data o ferenda*”.⁴³

b) De la omisión

- **La omisión en el causalismo:** Todas las teorías y conceptos expuestos sobre la conducta típica desde el punto de vista de la relación de causalidad claramente tenían como referente la acción positiva, por cuanto que es la que objetivamente implica una exteriorización y una mutación del mundo exterior y de esta manera era entendible encontrar una relación de causa-efecto. Pero en relación con la omisión, las teorías causales nunca tuvieron una explicación cabal sobre esa relación de causalidad, tanto así que en la postura de Lizt y Beling se aludió a una contención de los nervios motores, que implicaba una aseveración de difícil comprobación. Se llegó inclusive a sostener que en la conducta omisiva no se podía formular un juicio naturalístico de causalidad por cuanto que si la moción consiste en “no hacer nada”, de la nada, nada puede resultar (*ex nihil, nihil fit*). Pero para Lizt “no hacer algo” consiste en no realizar algo determinado entonces la omisión no se refiere a un concepto indefinido de no hacer nada sino a un concepto concreto de hacer algo.

Radbruch entendía que no se podía concebir la omisión como una especie paralela a la acción porque para ello se requería que participara de similares características; pero si las de la acción no se pueden aplicar a la omisión, es porque ésta es de naturaleza diferente.

43 FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. *El delito de Omisión en el nuevo Código Penal*. Ed. Legis. p. 11

Se hicieron esfuerzos para formular explicaciones tales como “la otra conducta” (*Aliud agere*) conforme a la cual la causalidad en la omisión se halla en la otra conducta que el sujeto realiza en cambio de la acción omitida, “otra conducta” que podría ser lícita o indiferente como por ejemplo trabajar o alimentarse. La tesis fue de ANTOLISEI, si bien, él mismo la rechazó después por abstrusa e inconsistente⁴⁴.

Luego, con la escuela neoclásica y concretamente con Mezger, se introdujo el concepto de la “conducta esperada”⁴⁵, es decir, la expectativa respecto de la acción que se esperaba tuviera realización por una razón específica de esa expectativa. Como se advierte en esta locución, “conducta esperada” ya comienza un juicio de valor al menos referido a un aspecto social con lo cual se señalaba que la causalidad en la omisión no tenía una calidad naturalística u óntica, conclusión a la que también se llegó cuando se introdujo el concepto de la omisión como incumplimiento de un deber jurídico. Como es obvio ya no existe un régimen de causalidad en la omisión que no sea la consistente en un deber jurídico que recae sobre un agente que tiene a su cargo la protección de un bien jurídico, esto es una posición de garantía.

- **Concepto contemporáneo:** “Hoy por hoy, la mayor parte de la doctrina reinclina por entender que la omisión es un concepto exclusivamente jurídico-penal. Lo que escuetamente significa que la expectativa de acción encuentra su punto de referencia en la tipicidad, en tanto señala la existencia del deber jurídico de impedir un resultado, estando su autor en la posibilidad de hacerlo, dentro de la denominada posición de garantía”⁴⁶.

La doctrina dominante considera que el fundamento de la omisión radica en una infracción al deber jurídico de actuar, señalado por la Ley, en cumplimiento del principio de reserva legal. En los casos de omisión impropia, su fundamento radica en la posición de garantía sobre la cual la doctrina en los últimos años ha sido especialmente

44 JIMÉNEZ de ASÚA L. T. III cit. p. 412.

45 JIMÉNEZ ib. p. 679.

46 SERRANO, -Pie de Casas Ramón. “Crítica Formal del Concepto de la Omisión”. Cita de CADAVID Q. Alfonso. Ob. Cit. p. 108

prolífica, gracias a aportes filosóficos, sociológicos y jurídicos de crucial importancia.

Desde el plano filosófico se considera al ser humano dentro de su realidad social en su trascendencia de ser y deber ser comprendiendo una base naturalística de existencia pero en función de la coexistencia pacífica con los demás, en una ineludible interacción social por medio de la comunicación.

Dada la situación social del ser humano surge para él una complejidad de roles que le corresponde asumir de menos a más en la medida de su crecimiento personal como de sus relaciones con los demás de cuyo cumplimiento puede depender una mínima convivencia. En la sociología y específicamente en la de carácter jurídico destacan dos conceptos íntimamente relacionados, a saber, *complejidad y doble contingencia*, entendida la primera como el conjunto de mayor número de sucesos de los que pueden ser actualizados, tanto, que un mundo “*en que todo es posible*”, es imposible la convivencia⁴⁷ y, por lo segundo, “*ni lo necesario ni lo imposible, sino lo posible*”. En tanto no haya aparecido ninguna regulación, “*nada es previsible donde todo es posible, entonces, solo se puede esperar, lo inesperado*”⁴⁸.

En el plano de lo jurídico antes esa complejidad conceptualmente concebida como caos, surge la idea de reducirla, introduciendo un orden que transforme lo imposible en posible. “*La sociedad consta de comunicaciones, solo comunicaciones y de todas las comunicaciones*” tanto que la sociedad no se compone solo de personas sino de comunicaciones entre personas. La formación de sistemas para reducir la complejidad, es a su vez posible mediante la creación de expectativas, que surgen a su vez de la interacción humana. Si bien, quien puede esperar algo se orienta mejor, siempre existirá la posibilidad de una expectativa incumplida, que sin duda, originará un conflicto

47 “La libertad de hacer todo, de tener derecho a todo, conduce a la guerra en el estado natural, pues la consecuencia de tal derecho es más o menos lo mismo que si no hubiese absolutamente ningún derecho”. Tomado de Tomas Hobbes, *Leviatán I*. Cita de Javier Sánchez-Vera-Trellez. Externado de Colombia 1997.p. 25

48 GARCIA AMADO Juan Antonio. *Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*. Universidad Externado. 1997

o una **defraudación**, generadora a su vez de una reacción de rechazo o protesta. Se dirá entonces que “las expectativas se generalizan mediante su estabilización dotando de una resistencia mejo a sus defraudaciones”, es un mecanismo de reglas sistematizadas que finalmente implica que si la expectativa se fijo como norte, en ella se incluye la regla de defraudación que no solo no se debe modificar, sino que, además, ha de mantenerse⁴⁹.

No se espera todo de una persona, sino en cuanto debe esperarse de ella, según el juego de los roles y las expectativas, las cuales en la medida que la sociedad se desarrolla, entran en un plano de reglamentación, según la importancia del rol, en estos casos, las expectativas se regulan en marcos **de organización y de institucionalización**. En estos casos, las expectativas gozan de mayor aceptación, en virtud de que los roles han sido preestablecidos, así por ejemplo los que le corresponden al juez, el profesor, el médico, el policía, etc.

Los conceptos modernos de acción y omisión dentro de esta concepción funcionalista y estructuralista, están conectados con la acción esperada, bien porque se espera que una situación sea modificada (acción) o bien porque se espera que la situación no se modifique (omisión). El incumplimiento de la expectativa conduce entonces a la sanción, porque el rechazo a la defraudación es la forma de mantener la vigencia y validez de las expectativas. La confirmación del rol, a su vez, conduce a la conceptualización del garante.

En efecto, quien tiene el deber jurídico (rol) de vigilar y garantizar la conservación o indemnidad de uno o varios bienes jurídicos pertenecientes a determinadas personas, es un garante, quien en tal condición, no solo debe abstenerse de realizar conductas que lesiones o pongan en peligro los bienes jurídicos puestos bajo su protección o vigilancia, sino también, evitar que se produzca ese resultado lesivo.

49 En derecho se acepta al otro como *alter ego* lo cual implica considerarlo en plano de igualdad. Lo que se espera de su comportamiento, solo será viable, para evitar conflictos si a las expectativas que *ego* tiene, los demás *alter*, también las han de tener. Es un “*esperar de expectativas*”. SANCHEZ VERA-GOMEZ- TRELLES. Ob. Cit. 29p. citando a Luhmann.

La sociedad moderna se identifica como una sociedad en constante peligro, por las actividades que frecuentemente, ya por el desarrollo de la industria y la tecnología, ora por la fabricación y proliferación de las armas y, también, por los frecuentes conflictos que surgen por las rupturas comunicacionales, se generan constantes riesgos. Frente a esa realidad, de enorme complejidad, el sistema que tiende a reducirla y simplificarla, comprende que esas conductas, generadoras de peligros, se toleran, aceptan y reglamentan, de tal manera que se convive con riesgos permitidos. La expectativa al respecto, conduce a esperar que quienes son generadores o fuentes de riesgos, obren dentro de los límites de su permisibilidad y que sea plausible, claro está, que tiendan a disminuir sus alcances nocivos. Adquieren un rol, o una posición de garantía, que cuando son institucionalizadas, generan deberes o expectativas de **protección** y de **vigilancia** que, a su vez, delimitan un ámbito de **competencia (injerencia)**.

Así las cosas la dogmática moderna conduce a establecer, que antes de considerar el campo de la evitabilidad, el dominio y la dirigibilidad de la conducta, el individuo a quien se le haya de someter a un juicio de imputación, se encuentre dentro del respectivo **ámbito de competencia**, bien por haberse constituido en fuente de peligro (**injerencia**) o ya por la estrecha comunidad de vida entre personas o, en fin, por las expectativas que su posición de garante genera por organización o institucionalización de su rol⁵⁰.

C. La conducta en las teorías normativas

La discusión que en la dogmática penal se ha sostenido desde finales del siglo XIX consiste en establecer si el sentido de la norma obedece a una regla de determinación o a una objetiva de valoración y en ello nos detendremos brevemente.

- a) *La norma como regla de determinación.* Esta teoría, de carácter monista, tiene su origen científico en una concepción voluntarista del derecho que viene desde el siglo XIX y según la cual sólo existen

⁵⁰ Al respecto, en forma específica, véase *Posición de Garante y Fuerza Pública*. GALÁN CASTELLANOS, Herman. Justicia Penal Militar. Tomo X. p. 574 y s.s.

imperativos, esto es, prohibiciones o mandatos. En esta teoría, se entiende la presencia de una voluntad creadora de ese imperativo, que va a entender que la conducta punible obedece a un desvalor de acción. Esta posición ha merecido enormes críticas, una de ellas consistente en lo difícil que resulta dilucidar en donde se encuentra esa voluntad imperativa, puesto que si las normas positivas son fruto de un proceso legislativo que supone la concurrencia de plurales voluntades, hablar de una voluntad imperativa resulta siendo una ficción⁵¹. Por otra parte, respecto de las consecuencias habría que entender la forma como los destinatarios del imperativo lo pudieran conocer, por cuanto que en este sentido el derecho consistiría en un conjunto de mandatos y, más aún, lo que puede ser más importante, la esencia de lo injusto se colocaría en la infracción del imperativo quedando en un segundo plano el principio de objetividad material del delito mediante la ponderación y exclusiva protección de bienes jurídicos. La sola concepción de una acción punible como simple infracción al deber nos expone al peligro de un sistema jurídico totalitario.

- b) *La norma como juicio objetivo de valoración.* Para los sostenedores de esta tesis también de carácter monista, el derecho es “ordenación objetiva de la vida”, y por consiguiente, de sus normas objetivas de valoración, de ese juicio de valor, positivo o negativo, dependerá su antijuridicidad. Esta concepción pertenece a la tendencia neoclásica (Mezger es el destacado representante de esta postura) que consideró posible escindir las normas en dos aspectos, uno de valoración y otro de determinación, construyendo la teoría del delito a partir de su consideración como hecho contrario a la valoración de una norma, dejando para un segundo momento la oposición de la acción a la voluntad de determinación de la norma que incidiría no en la oposición del hecho al derecho sino sólo en la culpabilidad del sujeto. Una concepción así de la norma conduciría a entender la acción, prioritariamente como desvalor del resultado.
- c) *Posición ecléctica.* La norma se compone a la vez de un juicio de valor objetivo y de una regla o imperativo de determinación dirigido a los destinatarios primarios del mensaje normativo, por ello se conoce

51 QUNTERO OLIVARES Gonzalo. *Derecho Penal Parte General*. Ed Marcial Pons. 1989. p. 26

como teoría dualista. La infracción de la norma depende entonces de la voluntad que ha guiado la acción y de la lesión objetiva realizada, en este caso, estaremos en presencia de un desvalor de una acción en cuanto entraña la violación del sentido imperativo de la norma y de un desvalor del resultado en cuanto desconoce su carácter valorativo.

- d) *Teoría Pura del Derecho*. Para Kelsen, las prohibiciones o mandatos como las autorizaciones desempeñan un papel secundario pues las acciones de los individuos son simple presupuesto de la acción del Estado, pues sólo él puede querer sus propias acciones como sujeto. Por ello entonces, lo que tiene sentido en la regla jurídica es la sanción, que es la acción coactiva del Estado. La teoría plantea un monismo más exagerado aún, el cual se destaca el interés y la actividad del Estado; el individuo con su accionar, es un simple presupuesto pues todas las normas son de carácter sancionatorio.
- e) *Posición de Herbert Hart*. En el ámbito de la norma o de la regla jurídica, últimamente ha registrado un cambio, por una parte en el entendido de que el ordenamiento jurídico es eminentemente complejo y por lo tanto, no puede tener el reductismo que le imprimió Kelsen. Por otra parte, no involucra solamente la acción de un individuo puesto que también se refiere a objetos, cosas, relaciones y organizaciones, todas ellas dentro de roles fundamentales para la vida social. Sólo así se puede entender esa complejidad que con las solas teorías monistas o dualista resulta ininteligible.
- f) *Teoría comunicativa o interactiva*. Esta teoría se ubica dentro del concepto comunicacional y dialogal de la norma y señala que la norma contempla las determinaciones tanto desde un sujeto como del otro interviniente pues encuentra que en ese complejo dialogal intervienen varios sujetos, uno “el que” (ego), otro “al que” (alter) y seguramente un tercero que es el Estado que acude a la solución del conflicto y en últimas a ejercer su poder coactivo.

En definitiva, la norma no surge de un *fiat* metafísico, tampoco por la sola voluntad del Estado (autoritarismo) sino que “en un Estado de Derecho en razón de un proceso complejo legitimante, que según sea las posiciones doctrinarias, puede tener por base el consenso de los ciudadanos, el enfrentamiento de grupos de poder (teoría del

conflicto) o bien la confirmación de la ideología dominante o hegemónica en el poder político”⁵². Por lo mismo la tipicidad aparece con un contenido bien complejo pues no obedece solamente a una valoración referida a la acción sino que expresa una comunicación en la que están implicadas otras valoraciones. La norma no puede ser explicada por si misma en su contenido ni tampoco la antijuridicidad en cuanto ordenamiento total, ni la tipicidad en cuanto conectada a una norma de prohibición o mandato “sino que es necesario buscar el eje de referencia de la regla jurídica, que es justamente el bien jurídico. En este orden de ideas, el concepto de acción siempre tendrá ese referente”.

- g) *Teoría normativa*: La teoría normativa en cuanto a la conducta se refiere no parte del prisma del finalismo ni se refiere exclusivamente a un concepto ontológico de la conducta. Se explica más de la atribución a la norma de una *función motivadora* que le es propia, dirigida a la mente del destinatario primario, esto es a los nacionales y extranjeros que en virtud de la Constitución Nacional tienen el deber de acatar sus disposiciones como la de las Leyes compatibles con ella.

En virtud de esta función, como de la característica dialogal de la norma, existe un mensaje (imperativo de prohibición), con el cual se pretende determinar actos voluntarios por cuanto que el contenido de la prohibición normativa se refiere solo a conductas voluntarias en cuanto tales.

Esta función motivadora que se cumple en virtud del modelo de un Estado Social y Democrático de Derecho corresponde a la función atribuida al derecho penal de “*prevención limitada*”, dentro del marco constitucional de la mínima intervención del Estado que restringe el uso del *ius puniendi* colocándolo al servicio de la sociedad y del individuo dentro del principio orientador de la dignidad humana. En este orden de ideas, solo las conductas voluntarias (finales) y evitables, pueden ser prevenidas mediante las normas penales que tratan de motivar al ciudadano para que omitan la realización de conductas voluntarias que expongan al peligro o al daño los bienes jurídicos protegidos⁵³.

52 BUSTOS R. J. *Bases Críticas*. Ob Cit. p. 13

53 MIR PUIG Santiago. “El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en derecho Español”. Revista Jurídica La Ley N° 2675. Año XII. Fe. 6 1991.

A propósito del tema la doctrina resalta dos precisiones: una, de **carácter sancionatorio** y, otra, de **interiorización**, consistentes en subrayar que el proceso de actuación de la norma penal pretende mediante la coacción sancionatoria, obtener que el individuo haga suyas unas determinadas directrices de comportamiento (interiorización) y, de esta manera, se abstenga de realizar conductas que por poner en peligro bienes jurídicos señalados, la Ley desea evitar. El texto explica que el proceso de motivación no radica solo en la amenaza de la pena, sino también en la interiorización que el sujeto haga de los bienes jurídicos tutelados por la norma⁵⁴.

D. Concepto de conducta en la dogmática nacional

El concepto de conducta como elemento configurativo del delito y en particular el de su expresión externa como acción, “deambula entre nociones de corte Hegeliano, naturalísticas, causalistas, neokantianas, finalistas e inclusive funcionalistas”⁵⁵. Para Fernando Velásquez el entendimiento de la conducta, alude a la necesidad de partir de una noción real vinculada con el ser de las cosas y acorde con el entorno social, indicando que desde esa triple composición de categorías, la conducta no corresponde propiamente al mundo de los valores. Por ello señala que se puede entender “*la conducta como el actuar humano (comisivo u omisivo), controlado o susceptible de serlo por la voluntad, dirigida hacia un determinado resultado (bien jurídico) y con repercusiones en el ámbito social*”⁵⁶.

Cuando la Ley 599 de 2000 considera que la conducta es dolosa “cuando el agente **conoce** los hechos constitutivos de la infracción penal y **quiere** su realización o cuando la realización ha sido prevista como probable”, indudablemente que está haciendo referencia a aspectos de orden naturalístico de orden subjetivo. Cuando en su artículo 27 describe la tentativa como modalidad imperfecta de la conducta, en este caso de la acción, alude a los actos idóneos e inequívocamente dirigidos. Al definir

54 Ob. Cit. p. 12

55 VELASQUEZ V. F. Ob. Cit. p. 527

56 Ibid., p. 531.

el dolo eventual se refiere a la previsibilidad y a la probabilidad, como manifestaciones cognitivas.

Por otra parte, al reglamentar el concurso de personas en la conducta, al referirse a su realización y al aporte de una persona como importante o no importante, implícitamente se refiere al dominio del hecho.

Se han señalado así aspectos de dominio, dirigibilidad, previsibilidad, evitabilidad y probabilidad que tendrían connotaciones ontológicas, empero, dentro del campo de la imputación, mediante la cual el sujeto agente se vincula con la conducta, surgen aspectos normativos que se acentúan cuando se conjugan en ellos temas alusivos al riesgo y a las posiciones de garantía.

La Ley 599 en su artículo 9º, sin desconocer la causalidad, la ubica en su justa proporción frente a la **imputación** jurídica del resultado que resulta ser un juicio normativo, de mayor importancia en el campo de la conducta

Además, al referirse a la **omisión** incluye conceptos referentes a la **omisión propia** cuando el tipo penal la consagra expresamente como un aspecto de la tipicidad⁵⁷, y a la **omisión impropia** cuando no está consagrada explícitamente en un tipo penal y sea necesario deducirla de un tipo penal de resultado, previsto en la parte especial y en la cual, conforme al artículo 25 del C.P., se configure la posición de garantía, como también a la fuente de riesgo, que son criterios normativos que las concepciones funcionalistas le han aportado a la teoría del delito. De la disposición en cita se comprende:

- a) El sujeto activo de la omisión, tiene carácter de autor calificado, denominado garante, connotación eminentemente normativa, con repercusiones sociales, claro está.

57 *Delito de Omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria (artículo 152 C.P.); Omisión de medidas de protección a la población civil (artículo 161 Ib); La omisión de control (artículo 325 Ib); La omisión del agente retenedor o recaudador (artículo 402 Ib); Prevaricato por omisión y abuso de autoridad por omisión de denuncia u omisión de denuncia de particular (artículos 414, 417 y 441), entre otros. FORERO RAMÍREZ Juan Carlos. El Delito de Omisión en el Nuevo Código Penal. Ed Legis. 2002. p. 29.*

- b) Esta calidad normativa depende del deber jurídico que el garante ha de asumir, constitucionalmente vinculado con el principio de solidaridad⁵⁸.
- c) El artículo señala como fundamento de la posición de garantía dos situaciones precisas, a saber, una, que el sujeto tenga a su cargo la protección concreta de un bien jurídico o, dos, que se le haya encomendado la vigilancia de una determinada fuente de riesgo.
- d) Señala la disposición que la posición de garantía se constituye de cuatro situaciones, aplicables, como lo indica su parágrafo, sólo a las conductas punibles que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual y la libertad y formación sexuales, a saber:
- **Primera:** Por asunción voluntaria: cuando se asume de esa manera la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro de su ámbito de dominio.
 - **Segunda:** Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas, no necesariamente vinculadas por lazos de consanguinidad o afinidad.
 - **Tercera:** Cuando varias personas emprendan la realización de una actividad peligrosa. El emprendimiento no alude a una mera circunstancia coincidental o accidental (caso de varios pasajeros de un bus, que sin conocerse entre sí emprenden un viaje juntos, Ello no implica que se constituyan en garantes unos de otros). La expresión se refiere a la participación voluntaria de varias personas en una actividad común, que es fuente de riesgo. Si por emprender, se entiende compartir, la aplicación del principio se haría tan extensiva que el mismo principio de legalidad estaría comprometido⁵⁹.
 - **Cuarta:** Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo al bien jurídico. Esta situación que la doctrina denomina **injerencia**, no puede explicarse sino dentro del marco de la imputación, tanto objetiva como subjetiva y no de la causalidad, por

58 Así lo expresó la Fiscalía General en la exposición de motivos del proyecto del código penal. Cita de FORERO R. Juan Carlos. Ob. Cit. p. 99.

59 Cita que FORERO R. Juan C. hace de la posición al respecto de la Procuraduría General. Ob. Cit. p. 118

consiguiente, la creación fortuita de riesgo es obvio que no es fuente de posición de garantía.

Distinto el caso a la desprotección de la víctima de un accidente fortuitamente producido, caso en el cual puede dar lugar al deber de brindarle auxilio, so pena de incurrir en una omisión de socorro, sin que sea fuente de posición de garantía⁶⁰.

La doctrina había denominado esta citación como “conducta precedente voluntariamente aceptada”, sin aludir al riesgo, pero sí enfatizando en la voluntariedad de la conducta de la que se origina el deber de cuidado, protección o vigilancia⁶¹.

Jakobs, a propósito de la injerencia, deriva de ella **deberes de aseguramiento**, propias del principio de confianza, conforme al cual, dada la interacción, la esfera de contacto entre la esfera organizada de un sujeto con la de otro, le impone mantenerse dentro de las márgenes del riesgo permitido y, **deberes de salvamento**, cuando la persona configura defectuosamente su esfera organizativa creando riesgos a una organización ajena a la cual le debe salvamento⁶².

Debe sí advertirse que la posición de garantía y la situación prevista en el artículo 25, no presupone que la omisión impropia sea necesariamente dolosa, como sí ocurre con la omisión propia, para la cual, además, no existe una **cláusula abierta** en el código penal, sino que sólo puede presentarse en virtud del tipo legal que tipifique las conductas que revistan esta modalidad.

60 FORERO R. J.C. Ob. Cit. pp. 122 y s.s. profundiza el punto.

61 *El transeúnte que pretende ayudar al invidente, para él desconocido, a cruzar una vía pública en la que circulan automotores. No debe abandonarlo en plena calle, so pretexto de no estar vinculado con él por ninguna razón legal, pues por aceptar voluntariamente esa protección, se ha constituido en garante.*

62 FORERO R. J.C., Ob. Cit., p. 118.

1.2.3.2. Sujeto activo

Imputabilidad. Capacidad de conducta. Capacidad de motivación

Dentro de los elementos del tipo objetivo, debe reseñarse lo referente a los titulares de la conducta punible. Desde un punto de vista fáctico, se alude al autor material de la acción o de la omisión, desde la óptica de la teoría normativa, se refiere al destinatario del mensaje de prohibición que está en capacidad de comprender el contenido de la descripción y con ello a su capacidad de ser motivado por tal mensaje pedagógico que pretende persuadirlo en la importancia de abstenerse de cometer la conducta descrita y de respetar el bien o interés jurídico protegido por la norma. Esta capacidad de conducta implica que en el sujeto potencialmente activo de la conducta punible, deben concurrir las facultades cognitivas y volitivas indispensables para comprender la ilicitud de la conducta punible y su capacidad para actuar y determinarse de conformidad con esa comprensión. En otras palabras, que se trate de una persona natural e imputable. Natural, porque el ser humano es el único dotado de esas facultades superiores de conocer y de querer.

Por consiguiente, es comprensible que las personas jurídicas no adquieran la connotación de titulares de conductas punibles, como sujeto activo de las mismas⁶³.

La imputabilidad no está limitada, sin embargo a la capacidad de comprensión y de determinación. El concepto sobrepasa los límites biosíquicos propiamente dichos para involucrar conceptos de orden jurídico y de índole política que tocan con el derecho penal propio de un Estado Democrático y de derecho, como corresponde predicarlo de la función motivadora de la norma penal⁶⁴.

63 VELÁSQUEZ F. *Ob. Cit.* p. 532. Ver también BACIGALUPO Enrique en *La Responsabilidad Penal*. pp. 25 y ss.

64 Si el tipo penal cumple una función motivadora, deberán incluirse en él todos los elementos de la conducta a cuya **no** realización pretende motivar y, en consecuencia, también el dolo y la infracción del deber de cuidado, ya que n o puede motivarse a la no causación ciega de resultados, sino a la no causación dolosa o imprudente de resultados. Las únicas conductas que racionalmente pueden ser prohibidas por el legislador son las dolosas y las imprudentes". GÓMEZ BENÍTEZ José Manuel. *Teoría Jurídica del Delito*. Ed. Cívitas. p. 451.

Imputabilidad, pues, significa dentro de esta metodología “*capacidad de motivación*” por la norma penal. Establecer la imputabilidad consiste, pues, en investigar las causas de alteración de esa capacidad motivacional y no, como tradicionalmente se ha sostenido, si el sujeto era o no **normal** o **libre** o no de actuar conforme o en contra del Derecho.

La inimputabilidad⁶⁵ descarta por completo la capacidad de un individuo de ser motivado por la norma penal. Las situaciones mencionadas por la norma penal como de inimputabilidad no se agotan en la disposición penal, por cuanto que alude a “*estados similares*”, que la psicología y también la sociología mencionan.

La normalidad o libertad, en efecto, no se presentan de manera absoluta en la persona natural. Una y otra manifestaciones del individuo muestran serias limitaciones. Sin embargo, no es válido sostener que la persona que no es absolutamente libre o completamente normal sea entonces inimputable. Se parte de aseverar que, en la realidad, nadie es del todo normal o libre. Existe un proceso, que podría ser progresivo hacia la anormalidad y a la pérdida de la libertad. Una situación de aflicción física o psíquica, episódica o no grave, impiden la normalidad o la libertad del ser humano, más no necesariamente lo coloca en el estadio de la inimputabilidad, llegar allí, requiere un proceso y un recorrido notables. En tal camino por recorrer y antes de un cuadro psicótico que él si implica inimputabilidad, la persona puede estar sufriendo alteración de su psiquis, llegando inclusive a los campos de la psicopatía o de la sociopatía⁶⁶, como ahora se le denomina y, sin embargo, no se puede afirmar con seguridad que quien tal cuadro clínico presente sea inimputable.

Otro tanto se puede decir de aquellas personas que acusan una “*personalidad descentrada*”⁶⁷, que en una especie de antesala de la sociopatía se presentan con sus funciones de elaboración ofuscada por la angustia, inadaptada

65 Artículo 33 de la Ley 599 de 2000. “*Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad socio-cultural o estados similares*”.

66 HARE D. Robert. *La Psicopatía*. Ed. Herder. Biblioteca de Psicología. p.p. 16,17.

67 *Alteraciones de las relaciones con el mundo exterior, en la percepción y en el exacto juicio sobre realidad, como las obnubilaciones que ocurren con los delirios oníricos y estados crepusculares, ilusiones, alucinaciones, por lo general consecuentes a intoxicaciones por alcohol o por estupefacientes.*

a un medio evidentemente hostil, con su afectividad menguada y, en fin, fuera de su centro (excéntricas), por situaciones agudas, pero generalmente transitorias, que pueden constituir trastornos mentales transitorios⁶⁸ e influir en un momento dado en su capacidad de ser motivado por la norma penal.

El artículo 56 de la Ley 599 señala circunstancias tales como “*profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas*” que pueden influir en la conducta punible con entidad suficiente para excluir la responsabilidad.

1.2.3.3. Sujeto pasivo

En principio, toda persona, natural o jurídica, imputable o inimputable, singular o plural, aún como un colectivo sin personería, e inclusive de manera difusa, como ocurre en ciertos tipos denominados “masa”, tiene la posibilidad de ser afectado jurídicamente con una conducta punible. No se debe confundir, como es bien sabido, el sujeto pasivo del delito, como titular del derecho vulnerado o puesto en efectivo peligro, con el sujeto pasivo de la acción, que a manera de objeto, es la persona sobre la cual recae la acción sin que necesariamente sea a la vez destinataria de la protección del bien jurídico⁶⁹.

Como tampoco con el **perjudicado**, entendiendo por tal la persona que sufre menoscabo en sus derechos como consecuencia de una conducta delictuosa que ha afectado directamente al sujeto pasivo, como sucede, vg. en el homicidio consumado, ante el cual, el titular del derecho, vida, deja de ser persona para que los perjuicios puedan ser reclamados por otros, debidamente legitimados para ello.

También por alteraciones de la ideación como ocurre con las ideas fijas, los delirios de interpretación y de la memoria. Caben aquí los casos de fabulación, confabulación y mitomanía y también por destrucción del proceso lógico de asociación como efecto de la disipación. También por alteraciones del mecanismo volitivo que se presentan como impulsos obsesivos. ROMERO SOTO, Julio. Antropología y Psicopatología Criminales. Imprenta Nacional. P.p.180 y s.s.

68 GÓMEZ B. J, M. Ob. Cit. p. 464 y s.s.

69 *Recuérdese el ejemplo del empleado de una compañía que es despojado del dinero que se le ha encomendado consignar en un banco. Será objeto de la acción de despojo, pero el sujeto pasivo sigue siendo el titular del derecho patrimonial afectado.*

En el ya comentado proceso de adecuación típica le corresponde al funcionario judicial y a quien realice su valoración, entender la interacción que suele presentarse entre sujeto agente de la conducta y su víctima, puesto que no en pocas ocasiones la actividad de ésta ha incidido en el desencañamiento de la conducta punible y de ello puede depender la responsabilidad penal o la mayor o menor punibilidad.

Sí conviene resaltar que a partir de la implantación del nuevo sistema penal acusatorio, se resalta la importancia de la víctima⁷⁰, cosa que no sucedía en los procesos adelantados bajo la vigencia de normas anteriores, en los cuales el único protagonismo era reclamado por el sindicado sujeto activo de una conducta punible.

1.2.3.4. Del verbo rector

Para la descripción de la conducta humana descrita en el mensaje prohibitivo, el tipo penal se vale del empleo de un verbo, denominado rector, ya como infinitivo o como inflexión del mismo, que, por regla general, se refiere de manera concreta a la manera como la conducta puede tener realización. En no pocas ocasiones utiliza varios verbos, para señalar conductas alternativas del tipo, con cualquiera de las cuales se ejecuta o consuma⁷¹.

Esto no implica que todo verbo mencionado en el tipo descriptivo tenga la connotación de **rector** de la conducta, pues también pueden desempeñar una función accesoria, como ocurre, por ejemplo, con el artículo 246 de la Ley 599, en el cual al describirse el delito de estafa, emplea como verbo rector la expresión **obtenga** provecho ilícito, y las locuciones *induciendo o manteniendo* a otro en error, para señalar modalidades o circunstancias de la conducta⁷².

70 Capítulo IV (artículos 132 y ss. del Título IV de la Ley 906 de 2004.

71 Artículo 376 de la Ley 599 de 2000: “introduzca al país, saque de él, transporte, lleve, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre...”

72 El ejemplo está tomado de la obra de VELÁSQUEZ V. Fernando, p. 575.

1.2.3.5. Elementos normativos

Constantemente, el legislador en su labor descriptiva, utiliza expresiones que contienen elementos referidos a un valor o a un sentido, cuyo contenido se encuentra en fuentes no penales, de índole social (honestidad), económico o fiscal, (tributos, cuantías, artículos de primera necesidad), o jurídico (contrato, licitación, crédito, ajenidad).

1.2.3.6. Ausencia de presupuestos objetivos de causales excluyentes de responsabilidad

En principio, debe entenderse que el tipo penal (de injusto), comprende una conducta que por contrariar el derecho es típica, en otras palabras, que si es típica, es porque es a la vez injusta. Empero, en la concepción tripartita del delito, la tipicidad se separa de la antijuridicidad, razón por la cual, la conducta típica es indiciaria (*ratio cognoscendi*) de la antijuridicidad, por consiguiente, las causales objetivas que excluyen la responsabilidad repercuten en el tipo objetivo.

Por otra parte, el conocimiento del tipo objetivo y la voluntad de realizarlo, conforma un elemento subjetivo de ese tipo penal, por lo tanto, el elemento subjetivo sobre la antijuridicidad (conciencia de antijuridicidad) ha de analizarse y valorarse en sede de la culpabilidad, no en el tipo penal, como así se estableció en el sistema penal en el artículo 32, ordinales 10 y 11. Por tal razón, el error sobre los presupuestos objetivos de una causal que excluye la responsabilidad, **constituye error de tipo** (artículo 32.10)⁷³.

1.2.4. El Tipo Subjetivo

El artículo 21 de la Ley 599 de 2000 establece que la conducta es dolosa, culposa o preterintencional. Si el dolo y la imprudencia operan dentro de la conducta en cuanto a su manifestación subjetiva atinente al conocimiento y a la voluntad del sujeto de la misma, estas manifestaciones constituyen el llamado tipo subjetivo.

73 “Cabría interpretar que el error sobre un elemento de la infracción penal, se refiere a un elemento de la concreta infracción que supone la realización del tipo sin causas de justificación. Así podría proceder quien defendiese una teoría limitada de la culpabilidad sin base en la teoría de los elementos negativos del tipo”. MIR PUIG S. En la LEY Ob. Cit. p. 2 (N° 2675. Año XII. No deja de ser un contrasentido, que se señale como elemento objetivo del tipo (del ser) la ausencia (no ser) de una causal excluyente de responsabilidad.

Los elementos subjetivos del tipo cumplen una función, en primer lugar, constitutiva del tipo legal y con ello del tipo de injusto. Por eso mismo también cumple una función garantizadora pues al precisar el tipo legal determina el tipo de comportamiento que es merecedor de sanción y, eventualmente tiene una función anticipadora de la punibilidad.

1.2.4.1. Dolo

El dolo consiste en *conocer* y *querer* la realización típica.

A. El conocimiento

Ha de recaer sobre los elementos objetivos del tipo y se ha de tener conciencia de las circunstancias que lo integran. El artículo 22 de la Ley 599 establece que la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y que es igualmente dolosa cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable.

El conocimiento dependerá del sujeto cognoscente, que para los efectos penales como ya se dijo, es una persona con capacidad de conducta esto es, que puede conocer los elementos descriptivos del tipo, los incrementos de riesgos de las acciones propias, que puede motivarse por el mensaje implícito en la descripción típica y que tratándose del conocimiento del tipo objetivo sabe y conoce que en su comportamiento no concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad y que, además, conoce las circunstancias específicas y aún las genéricas que, siendo típicas agraven o atenúen la responsabilidad. Pero además, debe tener conciencia de lo injusto de su conducta, esto es, la certidumbre de actuar contra el derecho al querer afectar ilícitamente bienes jurídicos jurídicamente tutelados.

En este último ámbito, será indispensable determinar las circunstancias concretas del autor concreto y su capacidad para conocer esos elementos valorados que, inclusive, por la tipicidad conglobante o por las Leyes penales en blanco se extienden a preceptos jurídicos no penales. No se exigirá entonces, ni el conocimiento de un juez, abogado o estudiante de derecho, sino la comprensión conceptual que se tiene en la sociedad por parte del sujeto concretamente considerado, esto es, del autor concreto.

Empero sobre el contenido o la comprensión del dolo, ha existido un enorme debate en la doctrina, que aún no termina, sobre si el dolo debe contemplar tanto la descripción típica como su antijuridicidad (dolo malo), o si, por una parte, ha de recaer sólo sobre lo descriptivo y lo normativo, caso en el cual opera sobre el tipo, caso en el cual estaremos ante un dolo avalorado y, si además, de manera separada se contempla el dolo sobre la ilicitud (elemento subjetivo del injusto), como conciencia de antijuridicidad, vale decir como dolo valorado, aspecto que hace parte de la culpabilidad.

a) Teorías del Dolo

El dolo fue considerado como un todo entre el conocimiento de la descripción típica y el conocimiento de lo injusto de la misma (*dolo malo*). Dada la prevalencia de factores cognitivos y volitivos en su estructura, fue considerado de naturaleza psicológica y de tal forma hizo parte de la culpabilidad, cuarto elemento constitutivo del delito al lado de la acción, la tipicidad y la antijuridicidad. Frank intervendría después (1907), para introducir su teoría normativa de la culpabilidad (reprochabilidad), reconociendo que en el tipo de injusto, amén de dolo en el tipo, existe un elemento subjetivo de la antijuridicidad.

Si en esta concepción del dolo, incorpora el conocimiento de lo típico y lo antijurídico, su ausencia, como la existencia del error de carácter invencible que igualmente descarta ese conocimiento, descarta dicho dolo y por ende, también la culpabilidad, sin que se presenten diferencias entre el error de tipo y el error de prohibición⁷⁴.

Ahora bien, esta teoría del dolo, presentó dos versiones, a saber:

- **Versión estricta**

El conocimiento del injusto tanto respecto del tipo como de la antijuridicidad, debe ser **actual**, vale decir, efectivo, no potencial entendiendo por tal la posibilidad de conocimiento.

74 Así el sistema penal colombiano en los códigos penales del 1936 y de 1980, hasta el año 2000, Ley 599.

Sin embargo, por discutibles razones de política criminal, en una aproximación lamentable al derecho penal de autor, se consideró desde un sector neoclásico (Mezguer) que frente a sujetos que desconocen la ilicitud por indiferencia ante los valores del derecho, la teoría del error no debería operar de igual manera, pues debían ser sancionados como si hubieran actuado sin error, dada su “enemistad con el derecho”, por su “ceguera jurídica” de lo contrario, quedarían impunes individuos para quienes por razones sociales o personales nunca se plantean el problema de la antijuridicidad⁷⁵.

Indudablemente se planteó así otra ficción en el derecho penal. Desconocer la teoría estricta so pretexto de la “ceguera jurídica”, implicaba convertirla en “teoría artificial”⁷⁶ y absurda, pues equivale a sostener como viable lo contradictorio: pese a desconocerse la antijuridicidad procede y prevalece la culpabilidad.

- **Versión limitada**

En virtud de la polémica planteada, surgió esta teoría del dolo, conforme con la cual, por razones socio-políticas de convivencia se sustituyó el requisito del **conocimiento actual** por el del **conocimiento potencial**, es decir que haya tenido la posibilidad de ese conocimiento, de tal modo que existe el dolo en la conducta cuando pudiendo conocer la ilicitud, debió conocerla debido al deber jurídico de actualizar ese conocimiento⁷⁷. Lo importante, ante esta curiosa evolución de la teoría del dolo, será entenderla como una razón de política criminal evitando la laxitud del derecho penal en su función protectora y no en virtud de la “ceguera jurídica” entendida como “enemistad con el derecho” y con la “sana intuición de un pueblo” con la que se produjo un grave retroceso al derecho penal de autor.

En el sistema penal colombiano, conforme se consagró en la Ley 599 de 2000, existe un dolo, avalorado (neutro) respecto del tipo objetivo que no incluye el conocimiento de la antijuridicidad, y un dolo,

75 SALAZAR MARÍN Mario. *INJUSTO PENAL Y ERROR*. Ed. Jurídicas Ibáñez. 2003. pp. 242 y ss.

76 SALAZAR M. Mario, *ib. citando a BUSTOS RAMÍREZ*.

77 SALAZAR M. Mario. *Ibid.* p.243.

“teñido” de ilicitud o “*conciencia de ilicitud*”, que a manera de elemento subjetivo de la antijuridicidad, opera en relación con el “*contra jus*” de la conducta y que hará parte integrante del concepto de culpabilidad. Esta doble connotación del dolo, es la que permite que el error de tipo vencible, tenga un efecto jurídico diferente al error vencible de ilicitud, como adelante se verá.

B. La Voluntad

Si, como ya se dijo, la conducta tiene una significación social, la voluntad no solamente interesa desde el punto de vista psicológico, esto es, la forma como se ha llegado a una decisión o a una resolución, sino también a su proyección en la realidad social.

Es evidente que estas facultades superiores del individuo no concurren siempre de manera equilibrada y armónica. Muchas veces, la capacidad cognitiva se presenta disminuida, como ocurre en aquellos casos en los que el individuo obra bajo los efectos de emoción, pasión excusable de temor intenso, ora por apremiantes circunstancias personales o familiares o ya por ignorancia o por falta de ilustración o bien en circunstancias de inferioridad psíquica por causas orgánicas o determinadas por la edad, como también cuando se obra en estado de ira o intenso dolor, situaciones éstas que van a influir en la punibilidad.

De igual forma, la voluntad tiene diversas manifestaciones, unas evidentes y otras en las cuales su presencia no se advierte con nitidez en la conducta. Precisamente, por esta manera de manifestarse la voluntad en el dolo, ha surgido una triple clasificación denominada, **dolo directo, dolo indirecto** o de segundo grado y **dolo eventual**.

- a) *Dolo directo*, cuando la realización de la conducta típica corresponde a la manera directa como el agente quiere el resultado previamente representado, esto es, “la acción se emprende con conciencia de la segura producción del resultado”⁷⁸.

78 ROXIN C. D.P. Gral. Ob. Cit. p. 421.

b) *Dolo indirecto* (de segundo grado) también denominado *mediato* o de *consecuencias necesarias*⁷⁹ ocurre cuando de la acción surgen efectos concomitantes de la acción. Uno, el que directamente persigue el agente de la conducta y, otros, derivados de **manera inevitable**, es decir, ligados en la conciencia del autor de **manera necesaria**. Corresponde al manido ejemplo del homicidio del personaje que por su seguridad siempre está acompañado. El homicida, que para su hazaña empleará una bomba explosiva, quiere la muerte directa de la víctima propicia, pero en su mente, **necesaria e inevitablemente** se representa los resultados funestos de su acción en los sujetos que lo escoltan. Al realizar la acción, los resultados aparentemente no intencionados, están comprendidos en su dolo, de manera indirecta, por la representación del resultado concomitante e inevitable.

c) *Dolo eventual*. A semejanza del dolo indirecto, al resultado primario, que directamente se representa en la mente del sujeto activo de la conducta, surge otro concomitante, pero de consentida (aprobada), posible o probable realización; empero, a pesar de esa representación, actúa para alcanzar el fin deseado. Este otro resultado, a diferencia del dolo indirecto, no está inevitable y necesariamente unido al resultado querido, sino eventualmente ligado a él. El sujeto agente, no da ese segundo resultado como seguro, inclusive asume que no se produzca y, por ello, lo deja abandonado a un curso fenomenológico y aún, como lo dice la Ley colombiana, “*librado al azar*”⁸⁰.

Por ejemplo: el homicida representa la muerte de la víctima que transita por la calle. Le disparará con la previsión de que sus balas pueden herir a un transeúnte ocasional, cuya presencia no es segura. Si esa presencia fuera inevitable, el dolo sería de segundo grado.

Ahora bien, para saber, si el autor previó como no segura la realización del tipo penal, la doctrina ha postulado diversas teorías, cognitivas o volitivas según el criterio que se pretenda prevalecer.

79 VELÁSQUEZ V.F. Ob. Cit. p 625.

80 Artículo 22 de la Ley 599 de 2000: “La conducta es dolosa cuando el agente **conoce** los hechos constitutivos de la infracción penal y **quiere** su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido **prevista** (representada) como **probable** y su no producción se deja librada al azar”.

Así, *la teoría del consentimiento* o de la **aprobación**, formulada en el siglo XIX, conforme con la cual se requiere que el sujeto respecto del resultado, lo haya internamente aprobado, que haya estado de acuerdo con él. Se le critica diciendo que cuando el sujeto aprueba directamente la producción de un resultado, es porque existe una intención respecto de un plan, lo cual no aparta el dolo eventual de otra modalidad dolosa⁸¹. Además, este criterio aleja al derecho penal de su garantía política como derecho penal de acto, acercándola al derecho penal de autor, pues apunta más al ánimo o al carácter del sujeto activo, que al hallarse dentro de su fuero íntimo implica una enorme dificultad probatoria y una aproximación a la presunción del dolo⁸².

Teoría de la posibilidad. Se apoya en la idea de que simple representación de la posibilidad ya debería hacer desistir al sujeto de seguir actuando y que la confianza en la no producción del resultado encierra en si la negación de su posibilidad. Esta teoría, se dice⁸³, solo aporta una interpretación y otra terminología, pero no ayuda a dilucidar una diferencia cabal con la imprudencia consciente.

Teoría de la representación, según la cual, impera el criterio de la **probabilidad** el cual implica una objetividad que se traduce en el amplio riesgo de la acción emprendida. Sin embargo, - dicen los críticos de esta postura - responder objetivamente por determinada situación de riesgo, puede conducir a un retroceso en la dogmática por su acercamiento a la tesis de la *versarii in re ilícita* y por esta vía también a una presunción de dolo "*iuris et de iure*".

Esta teoría ha sido reforzada con la formulación complementaria de acentuar el aspecto volitivo en el sentido de que, además de de la representación del resultado probable, debe añadirse "*contar con él*", "tomarlo en serio" con los peligros, en esta modalidad dolosa tan polémica de acercar de nuevo la teoría al derecho penal de autor⁸⁴. Últimamente, Armin Kauffmann agrega el criterio de **la no puesta**

81 ROXIN, *Ibid.* p. 431.

82 BUSTOS R. Juan. *Ob. Cit.* p. 183

83 ROXIN *ib.* p. 434

84 BUSTOS *ibid.* p. 183. ROXIN, *ib.* p.440.

en práctica de la voluntad de evitación con lo cual se establece una diferencia con la culpa consciente, pues no se trata de incurrir en la ligereza de dejar que los acontecimientos simplemente se ligen al azar o a una buena estrella⁸⁵.

Como se aprecia, de todas maneras en las diferentes visiones existe un predominio de lo cognoscitivo sobre lo volitivo e inclusive se han calificado conductas con dolo eventual cuando la voluntad es tan tenue que su concurrencia apenas se advierte, por lo que es frecuente que se llegue a confundir la figura con la culpa consciente, frontera tan sutil que en la praxis judicial su diferenciación o dilucidación es en extremo difícil. Por esto mismo hay quienes han propuesto eliminarlo de la clasificación dolosa, por falta de “querer”⁸⁶ y tenerlo como una modalidad culposa para la cual el juez o la jueza tendrá en cuenta las características de la acción para los efectos punitivos, según los mínimos y máximos de la pena. Su incorporación en el sistema penal como una modalidad del dolo, dice Bustos Ramírez, obedece más a razones de política criminal que a las de la dogmática, para no exponer algunos casos socialmente sensibles a fáciles absoluciones o a tratamientos demasiado benignos, si se tiene en cuenta que reviste una mayor intensidad criminal, contrariando criterios de proporcionalidad conforme con los fines de la pena. En suma, el sujeto que se representa producir un peligro concreto para el bien jurídico de que se trate, actúa con dolo eventual.

De todas maneras, entre las tres divisiones de dolo que se han expuesto, no existen diferencias punitivas, mas, considerando que por la manera como la intencionalidad en el dolo eventual aparece menguada, al momento de individualizar la pena, el factor “intensidad de dolo” será determinante⁸⁷.

La Ley penal colombiana, como ya se ilustró, en el artículo 22 del C.P., acoge la **teoría de la probabilidad**, una variante de los criterios de representación (previsión).

85 ROXIN C. *ibid.* 438.

86 ROXIN C. *Ob. cit.* p. 436.

87 Artículo 61 del Código Penal. Una vez establecido el cuarto o cuartos de la pena, el sentenciador ponderará para el efecto de imponer la pena, entre otros factores, *la intensidad del dolo*.

d) Dolo alternativo. Conviene precisar que no se trata de una clase o variedad del dolo indirecto o del eventual. Se trata sí de una doble representación, pero de tal manera que uno de los resultados excluye al otro u otros. Así, el que dispara a una multitud, resultándole indiferente si mata, hiere o a quién mata o hiere. La concomitancia de dos resultados implica excluir uno, en cambio en el indirecto, se asume el otro por su inevitabilidad y en el eventual por su alta probabilidad.

C. Prueba del Dolo

Si el dolo es una manifestación subjetiva por la concurrencia de las facultades intelectivas y volitivas que se concretan en la representación de un resultado que se quiere obtener y de una voluntad que tiende (*in téndere*) a ese resultado, es obvio que deben estar palmariamente demostradas por los medios de prueba autorizados por la Ley, lo cual significa que, de ninguna manera, el dolo se presume, pues esta presunción iría en contra de esta garantía del individuo frente al Estado. No es válido sostener ahora, como se dijo en los albores de la doctrina penal que el dolo se prueba por el resultado, como tampoco es cierto que la sola manifestación externa de la conducta, por sí sola, demuestre la intención dolosa (*dolus in re ipsa*).

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en reciente decisión reiteró que el dolo como manifestación del fuero interno no puede conocerse de otra manera que a través de las manifestaciones externas que la voluntad dirigida a un determinado propósito va concretando en hechos a medida que realiza el "*iter criminis*". La prueba del dolo según la jurisprudencia, no puede afincarse siempre en la materialidad de un elemento objetivo, como un testimonio o un documento, si no que la dirección de la voluntad se reconstruye a partir de las propias singularidades del acto, manifestadas procesalmente con pruebas que informan otros aspectos, incluso de naturaleza objetiva⁸⁸.

⁸⁸ Corte Suprema de Justicia Casación N° 13745 de Diciembre 12 de 2002 y Casación N° 18816 de Marzo 16 de 2005.

1.2.4.2. Culpa. Imprudencia

A. Evolución conceptual

A diferencia de la modalidad subjetiva prevista en el anterior aparte, la Ley penal también describe conductas en las que el agente, si bien pretende una finalidad distinta a la realmente producida, ese resultado no querido se le puede imputar dada la configuración legal de la imprudencia, que nuestro código penal aún denomina con el término culpa.

Conforme con el artículo 23 de la Ley 599 de 2000, *“la conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”*.

El tema de la culpa no fue prioritario en la dogmática del siglo XIX. Se le consideró un apéndice del dolo, tanto que, según Bustos Ramírez, se le llamó “hijastra” del derecho penal. Durante la influencia del causalismo naturalista, ante la prevalencia del desvalor de resultado, no hubo mayor preocupación en el injusto culposo. Pronto, al lado del dolo, se nutrió de elementos psicológicos conectados con la previsión.

En el causalismo valorativo no se presentaron variaciones especiales en el tema de la culpa. Su análisis se cumplía en el ámbito de la culpabilidad y si algún cambio ocurrió pudo haberse presentado al aceptar la culpa inconsciente.

Ante la corriente finalista, siempre existió un problema metodológico si se tiene en cuenta que el proceso causal no podía estar guiado por un acción final. Empero, se advirtió que si en la acción concreta, hubiera existido una finalidad, entonces probablemente el resultado se habría podido evitar, por lo que la evitabilidad se convirtió en concepto básico del delito culposo. El cuidado objetivo, obra en la antijuridicidad pues se habría evitado la conducta ilícita si se hubiera cumplido con el cuidado exigido. El problema del cuidado objetivo ya no abandonará la temática del delito imprudente, como un elemento subjetivo del tipo, ya que está referido a la acción.

Pero ya en la sociedad más industrializada y mecanizada que nunca y especialmente ante el auge del tráfico de automotores y el incremento de los riesgos, se comienza a conformar una dogmática del delito a título de culpa.

B. Estructura típica

Los elementos que integran el supuesto de hecho, descriptivo o normativo. Ejecución de una conducta orientada a obtener un resultado diferente al previsto en el tipo correspondiente.

Requiere la presencia de un resultado físico no conocido ni querido por el autor, que no debe estar comprendido por la voluntad.

- a) **Violación al deber objetivo de cuidado.** La culpa ya no tiene la connotación ontológica, psicológica que la caracterizó en buena parte del siglo XX. La reemplaza uno de carácter normativo, objetivo que surge desde el ordenamiento jurídico que consiste en la **falta de cuidado** requerido en el ámbito de relación, ya que opera en un sistema de relaciones sociales por excelencia. Ante la carencia de un listado de deberes de cuidado, se acudirá a distintas fuentes que le indican su configuración, entre ellas las normas de orden legal o reglamentario sobre tráfico, reglamentos de trabajo en fin, reglas dirigidas a disciplinar las fuentes de riesgos.
- b) **Momento objetivo-intelectual.** Desde un punto de vista objetivo, establecer los procesos previsibles, por consiguiente, los cuidados que por tal previsibilidad resultan exigibles.

Desde este punto de vista, los delitos culposos se pueden clasificar en los que ocurren **con representación** (culpa consciente), cuando se prevé el proceso que puede afectar un bien jurídico, también el cuidado exigido para evitarlo y **sin representación** (culpa inconsciente), cuando el sujeto no previó el proceso vulnerante del bien jurídico que exigía un determinado cuidado, pero que objetivamente debió prever.

- c) **Momento objetivo-conductual.** Aquí y ya con el aporte que suministra la imputación objetiva del resultado, acude con preeminencia la teoría del **riesgo permitido**. Es, por consiguiente, explicable que el principio de confianza pueda ser recurrente cuando existe una conducta compartida, como también la autopuesta en peligro por la víctima, lo cual, como se verá en el capítulo correspondiente no tiene la simpleza que desde las perspectivas causalistas se denominaba *culpa de la víctima*.
- d) **Elemento subjetivo.** La representación de un resultado o previsibilidad de lo previsible constituye la base situacional-psicológica, que juega de manera positiva en la llamada culpa consciente y negativa en la inconsciente. El aspecto cognoscitivo exige la posibilidad de conocer el peligro que la conducta representa para los bienes jurídicos y de prever el resultado con arreglo a ese conocimiento⁸⁹.
- e) **Capacidad de conducta.** Para definir la capacidad de un individuo para determinar si en una situación concreta se configura el deber de cuidado, la doctrina se ha inclinado por el criterio del hombre medio (estándar medio), equivalente a un modelo de prudencia y diligencia para establecer su comportamiento en la misma situación del autor, postura ésta que puede conducir a la construcción artificial⁹⁰ de un autor no real otro sector preferiría examinar al hombre concreto, en circunstancias concretas, con un estándar mínimo de previsibilidad.

1.2.4.3. Elementos subjetivos del tipo.

Algunos tipos penales requieren, además del dolo y la culpa, otros elementos subjetivos específicos para complementar el injusto típico. Se le atribuye su señalamiento a un civilista, Hans Albrecht Fischer y su traslado a la teoría penal a August Hegler.

Estos elementos, incorporados al tipo de injusto, adquieren, en ocasiones, una función constitutiva del delito, puesto que sin su existencia el tipo penal correspondiente, o no puede configurarse, generando una causal

89 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Única Instancia N° 25.961

90 VELÁSQUEZ V. F. Ob. Cit, p. 686

de atipicidad de la conducta. Piénsese entonces en el “propósito de aprovechamiento” que le corresponde al delito de hurto. El dolo propiamente dicho consiste en la representación del apoderamiento de una cosa mueble que se sabe que es ajena al sujeto activo, empero concurre un ánimo adicional, el del aprovechamiento económico, con el cual definitivamente se complementa la configuración del delito de hurto. Igualmente, *vervi gratia*: en el caso de actos sexuales abusivos sin el ánimo libidinoso que permita diferenciarlo de un examen ginecológico corriente.

En otros casos, los elementos subjetivos del tipo permiten atenuarlo o agravarlo, como ocurre con el homicidio piadoso, en el caso del homicidio del hijo fruto de acceso carnal violento, o el homicidio que se comete para preparar otro delito o para asegurar la impunidad de uno, cualquiera, ya cometido. Los elementos subjetivos del tipo, en otros eventos, dada su contribución a la función sistematizadora que le corresponde a la tipicidad, puede incidir para el cambio de la calificación o denominación de un delito, como ocurre con la concusión y el cohecho, o en el proxenetismo.

Capítulo II

IMPUTACIÓN OBJETIVA

2.1. CONCEPTO

Es de la esencia de la teoría del delito la vinculación del sujeto activo a la conducta y de ésta al resultado antijurídico, con lo cual se supera el marco de la causalidad para corregirla y complementarla con el principio de la imputación, esto es, “determinar cuándo una conducta podía ser considerada como obra del alguien, por lo que en manera alguna puede ser referida sólo a un desvalor del resultado o de acción, sino a toda la actuación, como obra de determinada persona, como Hegel y antes de él el mismo Aristóteles así lo formularon.

Como ya se dijo en este trabajo, el concepto de imputación lo reintrodujo a la teoría del delito Karl Larenz ⁹¹ al fundamentar la imputación objetiva en la voluntad capaz de dirigir y prever el curso causal para conseguir una finalidad.

La teoría de la imputación objetiva supera las fundamentaciones ontológicas y se apoya en consideraciones teleológicas-normativas derivadas del fin que se atribuye al derecho penal y a las normas penales. Fue acuñada y desarrollada principalmente por Claus Roxin al promediar la década de los setenta del siglo pasado.

La fórmula de la teoría de la imputación objetiva se resume así, en palabras de Jescheck: *“Un resultado causado por una acción humana solo es objetivamente imputable cuando dicha acción ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado típico”*.⁹²

En la sociedad industrializada y altamente tecnificada de mediados del siglo XX, se podía advertir que el ser humano enfrentaba frecuentemente actividades peligrosas tanto propiciadas por otros como por él mismo. La

91 Supra 1.2.3.1.2.1 g) - Pág. 53

92 CUESTA AGUADO Paz M. *Tipicidad e Imputación Objetiva*. Ed. Tirant Lo Blanch. p. 130

convivencia diaria con estas fuentes de riesgos para los bienes jurídicos, condujo a la consideración de tres niveles de riesgos, a saber: El **riesgo aprobado, la disminución del riesgo y la elevación del riesgo**.

Fue ROXIN quien en 1962 propuso que el resultado antijurídico debía serle imputable a una persona cuando, con su conducta, hubiere creado un riesgo que fuera superior al permitido para la ejecución de la conducta respectiva. Esta tesis fue conocida con el nombre de “**Teoría de Elevación o de Incremento del Riesgo**”, con lo cual, además se reforzó el concepto de desvalor de acción.

Actualmente, es dominante la tesis según la cual para poder imputar un resultado a un autor no basta con que su conducta dolosa o imprudente estén unidos por una relación de causalidad, sino que debe existir un nexo específico entre ambos, de tal manera que el resultado dependa de un riesgo creado por el autor que para que sea penalmente relevante debe ser desaprobado por el orden jurídico.

El riesgo desempeña entonces un papel básico en la fundamentación del injusto, porque constituye la exigencia mínima que ha de satisfacer un comportamiento para poder ser calificado como desvalioso, es decir, el Derecho penal solo puede prohibir conductas peligrosas.

Este elemento, el riesgo, novedoso en la teoría del delito – no así en la teoría jurídica – constituye un componente general del injusto y es común tanto en **los delitos dolosos, como en los culposos, en los de acción y en los de omisión**.⁹³ Significa que no toda conducta que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos es relevante para el tipo penal, porque se requiere de un elemento más: el riesgo desaprobado⁹⁴.

93 En principio la teoría se enunció para los delitos de imprudencia y en particular a los producidos en el tráfico automotor. Su contemplación para los dolosos no ha sido tema pacífico, más bien, al decir de SILVA SÁNCHEZ “*es una de las cuestiones importantes en la discusión actual*”. RUEDA MARTÍN María Ángeles. *La teoría de la Imputación Objetiva del Resultado en el Delito Doloso de Acción*. Ed. U. Externado de Colombia y Ed. Bosch Editor. Barcelona. 2002 p. 98. También REYES A. Yesid en la Imputación Objetiva. Ed. Temis. Ob. Cit. p. 79, pp. 293 y ss.

94 LOPEZ DÍAZ, Claudia. *Introducción a la Imputación Objetiva*. Universidad Externado de Colombia. 1998. p. 105

El concepto del riesgo en la sociedad contemporánea está unido a criterios tales como la inevitabilidad, la necesidad de la actividad peligrosa, la utilidad social de la misma y la costumbre general de crear peligros que paulatinamente la sociedad asume hasta el punto de convertirlos en una expresión de adecuación social. De lo anterior se infiere que el ordenamiento jurídico no puede prohibir toda lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, porque es inconcebible la vida sin los riesgos que presupone peligro a esos bienes jurídicos. Resulta entonces definitivo, precisar los linderos entre un **riesgo aprobado** por estar permitido y el **riesgo prohibido** o desaprobado cuando, al **incrementarse**, supera este interesante límite.

Adviértase de una vez, que si el riesgo permitido no trasciende al derecho penal, mucho menos el **riesgo disminuido**.

Así las cosas, lo indicado es que la sociedad y sus legisladores limiten el peligro y reglamenten el riesgo. Igualmente, entendiendo que el entramado social contemporáneo como el entendimiento de cómo en la vida moderna los individuos adquieren roles y que estos generan expectativas de cumplimiento que dan lugar al desarrollo del llamado **principio de confianza** en el cumplimiento de tales expectativas, se ha incorporado también su contemplación en el contexto de la imputación objetiva.

De la misma manera, en la medida que la jurisprudencia, especialmente la alemana, evolucionaba, se fueron incorporando a la temática otros conceptos como el la **prohibición de regreso** y la **autopuesta en peligro**⁹⁵.

2.1.1 Incremento del riesgo

Obra como principio definidor de la relevancia penal del riesgo creado y al mismo tiempo como explicación de la imputación de un resultado nocivo a su autor, en otras palabras: para decidir cuándo y cómo se puede hablar del impacto del **riesgo prohibido** en el resultado. Muchos criterios se han expuesto, por ejemplo, Roxin propuso una formula consistente en contemplar la hipótesis de un *“comportamiento alternativo conforme al derecho”*⁹⁶.

95 REYES ALVARADO Yesid. *Derecho Penal Contemporáneo*, “El concepto de imputación objetiva”. Ed. Legis. Revista Internacional, octubre-diciembre 2002.

96 “El procedimiento propuesto por ROXIN (comportamiento alternativo conforme a derecho) para la

Así, con los ejemplos muy conocidos, del conductor del camión que arrolla al ciclista que asciende en zigzag por no observar la debida distancia al sobrepasarlo. Si la distancia requerida, señala lo permitido en el sobrepaso, existe un riesgo permitido y se supone que ningún efecto nocivo se presentará, si el ciclista a su vez asciende como es debido. Reducir esa distancia permitida significar aumentar el riesgo y por lo tanto entrar en el campo del prohibido o desaprobado. Pero si el ciclista zigzaguea por ebriedad y es la ebriedad la que incide en que la distancia límite se altere, la cuestión cambia y el análisis también. Lo mismo ocurriría en el caso del conductor que atropella al peatón cuando transita por encima del límite de velocidad autorizada. Ha incrementado el riesgo, pero ello no es suficiente para la imputación del resultado si el peatón se arroja al paso del vehículo por decisión suicida. Si la velocidad hubiere sido la correcta, el resultado igualmente se habría producido? La fórmula propuesta por ROXIN, conduciría con facilidad a la aplicación de la *conditio sine qua non* en los cursos causales hipotéticos, en cuyo caso el esfuerzo de superar y corregir los defectos del causalismo con la teoría de la imputación objetiva se verían frustrados.

El tiempo transcurrido ha permitido comprobar que el sólo concepto del incremento del riesgo no ha sido suficiente para sustentar una teoría de imputación objetiva del resultado, precisamente por la carencia de necesarias referencias normativas.

Se ha acudido también, al referente de la evitabilidad-inevitabilidad, considerando la importancia de este criterio en la voluntad, premisa de la imputación, como también en el dominio de la situación, si se tiene en cuenta que en los eventos inevitables no existe ese dominio por parte del actor. Empero, estos aspectos, que permiten precisar factores de causalidad, resultan importantes en sede de imputación objetiva en tanto y cuanto resulte importante

constatación del incremento del riesgo es el siguiente: examinemos qué (cuál) conducta no se le hubiera podido imputar al autor, según los principios del riesgo permitido como infracción al deber; compárese con ella la forma de actuar del procesado y compruébese entonces si en la configuración de los hechos a enjuiciar, la conducta incorrecta del autor ha incrementado la probabilidad de producción del resultado en comparación con el riesgo permitido. Si es así, habrá una lesión del deber que encajará en el tipo y habrá que castigar por delito imprudente. Si no hay aumento del riesgo, no se puede castigar. Habrá que comparar entre el riesgo real creado y el que hubiera generado el comportamiento correcto.” Cita de MARTÍNEZ E. Margarita. Ob. Cit. p. 211.

para la formulación de expectativas de comportamientos de las cuales surja un **deber de actuar**, con el cual se constituye su fundamento.⁹⁷

Pero ante las críticas constantes a la ineficacia de la sola aplicación de la teoría del incremento del riesgo, se acudió entonces, también por ROXIN respaldado por autores tan importantes como GIMBERNAT ORDEIG, a la necesidad de atender al fin concreto de la norma infringida. La idea del fin o **ámbito de protección de la norma** tuvo que ser incorporada hasta el punto de que ahora mismo constituye uno de los pilares de la doctrina, tanto que ROXIN la considera como criterio último de restricción de la responsabilidad, una vez se constate la realización del riesgo,⁹⁸ sin que, sin embargo, se obtuviera unanimidad en la doctrina en torno de este criterio delimitador. Con la evolución de la jurisprudencia, se incorporaron luego otros criterios tales como la **prohibición de regreso** y el **ámbito de protección de la víctima**.⁹⁹ Conjugados y articulados todos estos conceptos, se ha ido fortaleciendo la aplicación de la teoría de la imputación objetiva del resultado.

2.1.2. El fin de la norma como criterio para la constatación de la realización del riesgo

En principio, todos los problemas que se presentan en relación con el riesgo y sus diferentes niveles, deben ser resueltos con criterios eminentemente normativos. GIMBERNAT estima que el fin de protección de la norma es criterio decisivo en la resolución de los problemas de la realización del riesgo.

Con la expresión **fin de la norma**, no se hace referencia al fin de las normas penales en general, tampoco al fin de los diversos tipos penales, especialmente los de diligencia, imprudencia. Más que un fundamento, el concepto obedece a un criterio concreto de realización, es decir, que ante un determinado supuesto de hecho encontrar el objetivo concreto de una norma infringida, ya sea un tipo penal doloso o una determinada norma de cuidado.¹⁰⁰

97 REYES ALVARADO Yesid. *La Imputación Objetiva*. Ob. Cit. p. 265.

98 MARTÍNEZ E. Margarita. Ib. p. 245. También ver REYES ALVARADO Yesid en Derecho Penal Contemporáneo. Ob. Cit. p.17.

99 REYES A. Yesid. Ib. pp. 18 a 23.

100 MARTÍNEZ E. Margarita. Ib. p. 265.

Para el efecto, no existe un único método, o bien se puede consultar cuáles objetivos quiere conseguir la norma infringida y qué riesgos desea el legislador evitar con ella y entonces establecer si alguno de esos riesgos previstos ha impactado el resultado o ya, partiendo del riesgo efectivamente realizado, determinar si la norma quería impedir o reducir precisamente el tipo de riesgos como el que efectivamente se realizó¹⁰¹.

2.1.3. Determinación del riesgo permitido

Los bienes jurídicos cumplen una importante función social, que facilita la interacción, el intercambio de bienes y servicios y el hecho de que resulte inevitable su permanente exposición al peligro, obliga a la determinación de su permisibilidad mediante la ponderación, propia de un Estado de Derecho entre bienes jurídicos e intereses de libertad individuales según el principio de proporcionalidad.

En virtud de la permisibilidad del riesgo puede entonces afirmarse que aquellas conductas realizadas dentro de un riesgo permitido no tienen repercusión penal alguna. Sistemáticamente, lo permitido elimina lo prohibido. Si lo prohibido es lo típico, lo permitido es atípico, de tal manera que el riesgo permitido excluye el tipo de injusto.

Son, pues, fuentes de permisión del riesgo:

A. Las normas jurídicas: El ordenamiento jurídico introduce pautas de comportamiento que regulan la vida de relación de los ciudadanos para evitarle peligros en sus bienes jurídicos. En este aspecto a la vez que prohíbe, permite, por ejemplo, en el tráfico automotor prohíbe que las personas conduzcan sin tener permiso de la autoridad competente, lo cual implica que al patentado le es permitido conducir. En la actividad minera, en la quirúrgica, en las centrales atómicas, existirán prohibiciones claras y exigentes, como también licencias y autorizaciones que permiten el ejercicio de las conductas que entrañan riesgos.

101 Una vez que el peatón ha sido arrollado y muerto en un accidente de tránsito, la progenitora de la víctima también fallece al enterarse de la noticia. Este segundo resultado, le es imputable al autor del riesgo que produjo el primero, o no está comprendido dentro del ámbito de protección de la norma, que sólo pretende evitar los resultados nocivos en el tráfico, pero no llega hasta los efectos que su conocimiento o noticia produzca.

- B. Normas técnicas y *lex artis*:** Son pautas de conducta que se cumplen en el ejercicio de las profesiones, en el desarrollo de la técnica para aplicarla metódicamente a un procedimiento con posibilidad de éxito, de tal manera que el incumplimiento de esas normas y pautas genera el riesgo no permitido, como también su observancia dará lugar al permitido.

La sola infracción a la norma jurídica, o técnica o a la *lex artis* no implica *ipso jure* la creación del riesgo desaprobado; siempre será indispensable establecer un nexo entre la infracción de la norma y el resultado y, sobre todo determinar si la norma infringida trataba de evitar ese tipo de comportamientos.

Por esto cuando se analizaron casos que implicaban riesgos prohibidos o elevación del riesgo permitido, surgieron mecanismos de solución que se enmarcaron dentro de la *teoría del fin de protección de la norma*, para precisar cual es el alcance o la finalidad de las mismas en cuanto a evitar lesiones o peligros en bienes jurídicos.¹⁰²

- C. La figura del modelo diferenciado:** Cuando no se cuenta con normas jurídicas o técnicas que limiten o precisen en campo de seguridad de una actividad, debe tomarse como modelo la conducta que hubiera seguido un hombre “prudente”, “atento”, concienzudo”, “experimentado”, “Juicioso” y “diligente” en la situación en que se encontraba el autor de la conducta.

Fácil manera de llegar a un autor artificial y de alejar la dogmática de la realidad.

Para superar esta deficiencia, se complementó el planteamiento admitiendo que para poder servir de parámetro, el hombre ideal debería pertenecer al mismo campo de acción del autor, incluyendo en la valoración los conocimientos especiales del autor, pero no sobre condiciones ideales sino en la situación concreta en la que se encontraba el autor al

102 REYES ALVARADO, Yesid. *El Concepto de Imputación Objetiva. Derecho Penal Contemporáneo*. Ed Legis. 2002. p. 17. “Se tuvo que recurrir a la creación de un nuevo principio que permitiera solucionar algunos de los inconvenientes prácticos que seguía planteando el análisis del delito imprudente; por eso no debe sorprender que el propio ROXIN haya señalado que el fin de protección de la norma debe ser utilizado como un complemento necesario de la teoría de la elevación del riesgo”.

momento de obrar¹⁰³. El tema, desde luego, no es pacífico. Mas, desde un moderno concepto de la culpabilidad, lo más indicado es analizar al autor concreto en las circunstancias concretas en las que actúa.

D. Deber de advertir el peligro y el consentimiento informado:

Cuando se va a desplegar una conducta que genere riesgo el primer deber que surge es el de advertir el peligro para los bienes jurídicos. Ello implica el examen previo de valorar la propia capacidad de la gente para realizar la conducta riesgosa, vale decir su idoneidad y el segundo es el de determinar las condiciones en las cuales va a desarrollar su comportamiento, calcular conforme con la probabilidad el desenlace de los acontecimientos y, como no, dentro de la interacción social suministrar por medios adecuados información cabal sobre el peligro generado o el riesgo que se corre¹⁰⁴.

Así las cosas, cuanto en el mundo real pueda ocurrir dentro de los límites del riesgo permitido no es relevante para el derecho penal, como tampoco, obviamente, lo enmarcable dentro del riesgo disminuido¹⁰⁵.

2.1.4. La Adecuación social

Como quiera que suele emplearse esta teoría como equivalente a riesgo permitido, es oportuno aludir a ella en este momento. Debe su formulación a Welzel, quien la enunció diciendo que además de las acciones no dirigidas finalmente y de las causaciones no evitables, no constituyen injusto penal aquellos comportamientos que se mueven dentro del orden ético social de la comunidad.¹⁰⁶ Para el efecto, redujo los múltiples problemas planteados a dos grupos.

103 REYES ALVARADO YESID. La Imputación Objetiva. Ob. Cit. p. 112.

104 "...quien algo no sabe, tiene que informarse; quien algo no puede, tiene que dejarlo..." ROXIN en Cita de LOPEZ DIAZ, Claudia. p. 118.

105 El punto se ilustra pedagógicamente con el ejemplo del paciente que acude ante el médico aquejado de alta temperatura y dolor intenso en el miembro superior derecho que el médico urgentemente amputa ante el diagnóstico de una gangrena gaseosa. La lesión corporal y la disminución del paciente por pérdida de un miembro, resulta irrelevante por la aplicación del criterio de la disminución del riesgo.

106 MARTÍNEZ ESCAMILLA Margarita, La Imputación Objetiva del Resultado. Ed. Edersa. p- 150.

El **primero**, ocurre cuando se ha creado un riesgo irrelevante o permitido, lo cual conduce a la atipicidad del comportamiento.

El **segundo** lo constituyen los casos por supuestos a solucionar mediante la reducción teleológica orientada al fin de protección del tipo en cuestión. Por ejemplo, los regalos que por la época de navidad se entregan a funcionarios públicos, porque no tienen la entidad suficiente para lesionar el bien jurídico protegido que es la confianza pública en la integridad de los funcionarios. No corresponde exactamente a situaciones de insignificancia, y compromete más la interpretación de comportamientos fronterizos entre la moral, la ética y el derecho, en cuyos casos la adecuación social podría servir de pauta en lo que Roxin denominó “reducción teleológica orientada al fin de protección del tipo en cuestión”.

Surgió entonces como un concepto Sutra-individual en el sentido de que una conducta no debería no debería ser socialmente adecuada o inadecuada de acuerdo con las circunstancias personales del actor sino en relación con genéricas exigencias de comportamiento social, lo cual implica un reconocimiento de la comunidad.

La teoría a la vez que polémica se presenta superflua, innecesaria y obvia. Lo cierto es que no puede desconocer límites legales y que, la expresión válida que lo socialmente adecuado no puede estar prohibido tiene proyección como mensaje al legislador.

2.1.5. El Consentimiento del sujeto pasivo

Si bien el tema ha merecido muchas discusiones, hoy por hoy puede afirmarse que el tema puede ser pacífico cuando se entiende que puede excluir un elemento objetivo del tipo descriptivo, convirtiendo la conducta en atípica. Así. vg. en delitos contra libertad sexual, cuando el acceso se realiza sin resistencia de una persona mayor de 14 años.

Igualmente en el apoderamiento de cosa mueble ajena con el consentimiento de quien está autorizado para otorgarlo, o en casos de secuestro aparente por mediar consentimiento válido de la supuesta víctima. En caso de las lesiones personales ocurridas durante la práctica deportiva, o

médica en la que es válido el consentimiento de producirlas dentro de lo reglamentado previa la información cabal del peligro que se corre. Podría agregarse lo socialmente adecuado (corte de pelo, tatuajes, modificaciones corporales). Desde luego, sin discutir la disponibilidad de los derechos, la Ley no siempre autoriza la afectación de bienes jurídicos, aún mediado el consentimiento de la víctima (abusos sexuales, homicidio, ayuda al suicidio, vg.). En suma, el consentimiento debidamente informado y así válidamente otorgado, excluye la desaprobación del riesgo¹⁰⁷.

2.1.6. El principio de confianza

Encuentra uno de sus fundamentos en el ámbito de responsabilidad de cada uno que se limita a su propia conducta y solo en circunstancias especiales se extiende a la actuación de otros. En principio, cada uno debe orientar su conducta evitando lesionar bienes ajenos y no estaría en su deber preocuparse porque los demás cumplan similar comportamiento. El principio de autorresponsabilidad implica que solo se responde por el hecho propio, y no por el hecho ajeno. Se paralizaría la vida social si cada quien tuviera que organizar su conducta en virtud de que los demás cumplan con sus deberes y sus roles. En consecuencia, surge el principio de tener que confiar en que los demás participantes de la interacción, cumplen las expectativas que surgen del rol, del deber, o de la función que les corresponde cumplir, de lo cual depende un ámbito de competencia, hasta el punto de poder deducirse que la defraudación de tales expectativas genera una frustración que permite un juicio de imputación.

Este principio tiene mucha aplicación en el trabajo de equipo, en el tráfico automotor, en el campo de la responsabilidad médica ante el comportamiento doloso de terceros y en general en la realización de riesgos, sin que, como ya se dijo, esté limitada su aplicación a los delitos imprudentes, ya que es factible en los dolosos, en los tentados y en los consumados¹⁰⁸.

107 REYES A. Y. *La imputación Objetiva*. Ob. Cit. pp. 164 y ss. Ilustra el tema estableciendo una diferencia entre conformidad y consentimiento, concediéndole a la primera el mérito de excluir la tipicidad que no se rige por las reglas del consentimiento, al cual considera excluyente de la antijuridicidad.

108 REYES A. Y. *La Imputación*. Ob. Cit. p. 146

Sin embargo, el principio no es absoluto puesto que la doctrina le ha señalado ciertas limitaciones. Así, no puede invocarse cuando: **a)**- surgen circunstancias especiales, a partir de las cuales se pueda inferir concretamente que los demás, con quienes la conducta del agente interactúa no cumplirá con los deberes de su rol, o que quien se comporta irregularmente no corregirá su conducta. O, **b)**- cuando no se puede esperar que determinadas personas tengan siquiera un rol por asignar o por cumplir como ocurre con los niños, con discapacitados o personas con disminución de sus capacidades para autodeterminarse, no por sólo hecho de encontrarse en tales situaciones, sino porque existan concretos puntos de referencia que indiquen que se comportarán de manera diversa como se espera que actúen¹⁰⁹. **c)**- Tampoco regirá el principio de confianza cuando se tiene posición de garantía o cuando existen deberes de vigilancia y control respecto de la manera como otros desarrollan determinada actividad.

2.1.7. Prohibición de regreso

No obstante el principio de autoresponsabilidad y la elevación del riesgo se advirtieron casos en la jurisprudencia en los que la teoría del fin de protección de la norma no resultaba satisfactoria como límite ante la posibilidad de extender la imputación jurídica del resultado. La antigua doctrina penal ya se había planteado el problema de si era punible el favorecimiento imprudente de una conducta dolosa. Inicialmente se dijo que se interrumpía el nexo causal cuando entre la acción culpable de un tercero y el resultado nocivo, se interponía el comportamiento doloso de un autor directo que realizaba la acción. Se acudió entonces a la reformulación de un antiguo principio denominado “**prohibición de regreso**” expuesto a comienzos del siglo XX en Alemania por Reinhart Frank como un mecanismo para impedir que –como sucedía con la causalidad- la responsabilidad penal se extendiera de manera limitada. Conforme con este planteamiento original de la prohibición de regreso, *“un garante no debe responder por todas las posibles afectaciones que pueda sufrir el bien jurídico cuya custodia le ha sido encomendada”...* “La prohibición de regreso es uno de los principios que dentro de la dogmática penal ha generado mayores polémicas, al punto que desde sus remotos orígenes hasta el momento actual han sido muchas

109 REYES, *Ibíd.* p. 147.

las fundamentaciones y desarrollos que de él se han propuesto, planteándolo como mecanismo de interrupción del nexo causal o como ejemplo de participación impune por aparente o como limitación al principio del dominio del hecho”¹¹⁰.

La teoría de la prohibición de regreso es aceptada en la actualidad como un evento de “**participación aparente**” en el que no es imputable la creación de una situación que simplemente favorece la comisión de un delito, cuando esta situación se ha creado con base en un riesgo permitido. En principio, no se trata de un problema de causalidad, sino de imputación objetiva y no es un criterio que tenga carácter absoluto.

El punto central radica en determinar, si quien ha creado la situación que favorece la comisión de un delito, ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado. En otras palabras, en qué medida le es imputable a un tercero el comportamiento doloso de un autor que desvía hacia planes delictivos propios una conducta que en sí misma es o inocua o socialmente adecuada. Cuando no existe ninguna actividad común entre el tercero y el autor y éste unilateralmente decide desviar el aporte del tercero hacia la comisión de un hecho delictivo, no responden ese tercero por las consecuencias que se derivan de la actuación voluntaria del autor que desvía unilateralmente el comportamiento de lo adecuado a lo ilícito.

El problema de la prohibición de regreso con base en la imputación objetiva se ha tratado de resolver, entonces, desde diversas perspectivas, tales como la dirigibilidad del suceso, la dominabilidad, como criterio general de imputación.

Quien simplemente ha favorecido la situación de peligro para los bienes jurídicos de otra, pierde sin embargo el dominio sobre el acontecimiento y por ende no le es imputable ante la intervención dolosa de un tercero que obra como autor.

También mediante el principio de confianza porque en la vida de relación se tiene el derecho a esperar que los demás cumplan un comportamiento adecuado, pero dejará de ser lícita e indiferente para el derecho

110 REYES A. Y. Ob. Cit, p. 20

penal, cuando se **sabe o se tiene conocimiento** que el depositario de esa confianza realizará efectivamente una conducta delictuosa¹¹¹.

2.1.8. Acciones a propio riesgo

Dentro de este genérico concepto, se contemplan los casos en que un tercero crea o favorece una situación de riesgo para el titular de un bien jurídico, pero es este quien realiza la acción peligrosa para sus propios intereses o bienes. El comportamiento de quien se arriesga a sí mismo exonera la conducta del tercero de imputación objetiva.

El problema radica en que si la víctima ha organizado con la intervención de un tercero un riesgo evidente, si la administración de ese riesgo está dentro del ámbito de responsabilidad del afectado, quien tiene por supuesto un control sobre la acción generadora del peligro, es él quien decide sobre cómo debe desarrollarse la acción.

Cuanto se dijo respecto del fin de protección de la norma que Roxin introdujo a propósito de la elevación del riesgo es totalmente aplicable en este caso¹¹².

Ahora bien, para que se estructure una acción a propio riesgo se requiere: **a)** que la víctima debe tener bajo su control la decisión sobre el desarrollo de la situación peligrosa; **b)** La víctima debe ser sujeto auto responsable y el peligro conocido o cognoscible; **c)** El tercero **no debe tener** una especial situación de protección frente al bien jurídico, es decir, no debe ostentar posición de garante respecto de la persona que se auto pone en peligro.

111 El tema, in extenso por REYES A. Yesid en *La Imputación Objetiva*. Temis. Ob. Cit. pp. 330 y ss.

112 RUEDA MARTIN, María Ángeles. Ob. Cit. p. 358 y s.s.

Capítulo III

CONCURSO DE PERSONAS EN LA CONDUCTA PUNIBLE¹¹³

3.1. AUTORES

3.1.1. Autor directo

3.1.1.1. Concepto unitario de autor

Desde la perspectiva causalista, se entiende que es autor todo aquel que contribuye causalmente a la realización del hecho típico, independientemente de la mayor o menor importancia de su participación e independientemente de si realizó o no la descripción típica. Se llama “unitario” este concepto porque no establece diferencias entre autores y partícipes pues, en definitiva, aplicando la teoría de la equivalencia de las condiciones, todos los intervinientes aportan alguna condición causal.

3.1.1.2. Concepto restrictivo del autor

Se entiende que para ser autor no basta la contribución causal al hecho sino que debe corresponderse con la descripción típica. Según esto, es autor el que realiza por sí mismo la acción típica y el concepto de denomina restrictivo porque selecciona de entre las contribuciones causales las que corresponden con la descripción típica (autores) diferenciando los partícipes que son los que participando en el hecho su participación no esta contemplada en el tipo penal.

113 En fallo de casación, Radicado 29221 de septiembre 2 de 2009, la Sala Penal realizó un pormenorizado estudio, en parte obiter dicta, del concurso de personas en la conducta punible.

3.1.1.3. Concepto restrictivo y objetivo-formal de autor

Ha sido un concepto dominante y tiene como punto de partida que la conducta debe coincidir con la descrita en el tipo penal. Lo que equivale a “realizar la acción típica”. Se denomina concepto objetivo-formal por cuanto la realización se entiende desde el comienzo de la ejecución de la conducta hasta su culminación y por consiguiente, se extiende por todo el *iter criminis*. Así pues, comprende la ejecución física-personal, en sentido objetivo formal del hecho. Pero esta posición no es afortunada para delimitar el comienzo de esa ejecución, porque deja por fuera al autor mediato y descarta algunos casos de coautoría en los que los partícipes no llegan a ejecutar actos de ejecución en sentido objetivo-formal.

3.1.1.4. Dominio del hecho

En los delitos comunes dolosos el sujeto activo debe reunir una segunda condición, además de realizar el tipo objetivo, consistente en el dominio del curso o proceso de la realización del hecho de tal manera que autor es quien haya dominado o podido dominar su conducta. La teoría del dominio del hecho contempla la realización del tipo como “pertenencia objetiva del hecho a su autor y supera así la concepción objetivo-formal que atiende solo a la ejecución formal del verbo típico”. En este sentido el dominio del hecho corresponde a la finalidad dolosa del autor y requiere, en cierta medida al menos tener en cuenta *el plan del autor*¹¹⁴.

3.1.1.5. Dominio del hecho final-social

Se dice que no siempre resulta fácil distinguir entre autoría y participación, si bien el concepto del dominio del hecho permite conducir la distinción por distintos senderos. Se destaca aquí el aporte de Bernard Schuneman, quien resalta que el dominio del hecho se concreta en un control sobre un ámbito social, donde suelen darse las mismas relaciones observada en los fenómenos delictivos, la nota de la relevancia social de la conducta y con ella, la de la finalidad, tienen que ser tenidas en cuenta al momento de formular esta concepción del dominio del hecho. Tiene, pues, “un doble componente: uno

114 GÓMEZ BENÍTEZ. Ob. Cit. p.p. 109 y s.s.

objetivo, desde el punto de vista fáctico y, otro subjetivo”¹¹⁵, habida cuenta de que el sujeto tiene dominio también sobre su decisión final.

3.1.2. Autor mediato

A diferencia del autor directo que realiza la conducta por si mismo, el autor mediato utiliza a otro, como *instrumento de su voluntad*, para ejecutar el tipo. Con la expresión “instrumento de su voluntad” se entiende en sentido estricto que la realización de la conducta punible es obra del “hombre de atrás”, que se vale de quien ejecuta la conducta punible. Es por ello que se considera que el delito es obra suya, porque lo realiza como propio. En este sentido, el ejecutor material de la conducta, instrumento, no es un autor penalmente responsable; si lo fuera estaríamos en el caso de una coautoría, o de un autor directo con un determinador detrás suyo, o de un autor directo con un cómplice. Por ello, en este caso quien obra como instrumento no es penalmente responsable porque no puede imputársele la realización del tipo por ausencia de conocimiento o por ausencia de voluntad.

3.1.2.1. Supuestos de autoría mediata

Se dice que existe autor mediato cuando el “instrumento ejecutor”: a) Es inimputable; b) Actúa por error, c) Por coacción insuperable, d) Actúa en causa de justificación, e) Sin los específicos elementos subjetivos del tipo, f) Sin dominio de su voluntad, en los casos denominados de ausencia de acción:

- A. Inimputabilidad del instrumento:** El autor directo aunque haya ejecutado la conducta típica y antijurídica, no es culpable por inimputabilidad. La responsabilidad es del autor mediato como inductor de la conducta.
- B. Error del Instrumento:** Hay que diferenciar si se trata de error sobre el tipo o error de ilicitud. Quien crea un error sobre el tipo en otra persona, o utiliza el estado de error en que otro se encuentra, si se

115 VELÁSQUEZ. *Ob. Cit.* p. 883

trata de error invencible en el sujeto instrumento, el acto le es impune porque actúa sin dolo, no así para el autor mediato que actúa con dolo.

Pero si el ejecutor directo-instrumento actúa con error vencible e infringió su deber de cuidado, la conducta del hombre de atrás es de autoría mediata del delito doloso y la del ejecutor es de autoría directa de un delito imprudente si es que el tipo penal admite esta modalidad¹¹⁶.

Si el autor mediato creó en el instrumento un estado de un estado de error invencible sobre la prohibición o se aprovechó de este error, el autor mediato responde del delito doloso, no así el instrumento que actúa sin culpabilidad.

En el caso de error vencible de ilicitud en el sujeto instrumento ejecutor, las soluciones no son pacíficas porque éste realiza el tipo doloso antijurídico, y además, en la modalidad de este error, actúa con culpabilidad aunque disminuida. El autor mediato responde, sin duda del delito a título de dolo, empero como inductor-determinador, si creó el estado de error evitable o como cómplice si sólo se aprovechó del mismo. En todo caso en el supuesto del error vencible en la ilicitud, se tendría que descartar la autoría mediata pues en ella sólo el hombre de atrás responde penalmente pero en este caso también el instrumento ejecutor, con dolo pero con culpabilidad disminuida.

- C. Por coacción insuperable:** Como la fuerza irresistible conduce a la atipicidad de la acción por ausencia de imputación objetiva del hecho a su autor, dada la ausencia de voluntad, el sujeto instrumento no responde penalmente y sí el hombre atrás como autor mediato.
- D. Instrumento que actúa dentro de causales de justificación:** Es preciso señalar que en este caso al sujeto instrumento lo debe amparar una causa de justificación que exista realmente, no de manera putativa, porque en este caso se daría la modalidad del error.

116 GÓMEZ BENÍTEZ. *Ob. Cit.* p. 143

- E. **Sin los específicos elementos subjetivos del tipo:** Son los casos que la doctrina denomina “instrumentos sin intención”, para diferenciarlos en los casos en que se actúa con error sobre el tipo. Alude a los casos hipotéticos de ausencia total de dolo.
- F. **Sin dominio de voluntad o ausencia de acción:** En este caso es clara la irresponsabilidad del sujeto instrumento por ausencia de acción y clara la de autor mediato por haberse prevalido de tales circunstancias que concurrían en el sujeto instrumentado. Este punto es hipotéticamente admisible pero en la práctica resulta de difícil aplicación.

3.1.2.2. Límites de la autoría mediata

Cuando no emplea personas como instrumento. Cuando el “hombre de atrás” emplea como instrumentos a los animales (amaestrados) o se vale de implementos físicos (trampas) o mecánicos. Si no instrumentaliza personas, se le considera un autor material directo.

- A. **En los delitos imprudentes.** El fundamento de la punibilidad del autor mediato, que no ejecuta por sí mismo el delito sino que lo realiza a través de otro, radica en el dominio del hecho, de tal manera, que dirige y domina a quien utiliza como instrumento, razón por la cual el delito del autor mediato es eminentemente doloso.
- B. **En los delitos de propia mano.** En principio, el autor mediato debe reunir en sí mismo todas las características que el tipo correspondiente exige para poder ser autor. Por esta razón se ha sostenido en la doctrina que no es factible la autoría mediata en los denominados *delitos de propia mano* esto es, en los que como condición básica del tipo, se exige la ejecución personal, directa o física de la conducta por el autor. No da lugar a la presencia de otro, así sea instrumentado, como sería, v. gr. el caso de los delitos denominados “*delicta carnis*” o en los de la prevaricación judicial. Quien no se puede ser autor directo, no puede ser autor mediato, es la regla.

- C. En los delitos especiales.** En estos, el delito depende de la posición personal del sujeto (*intraneus o extraneus*), por consiguiente, no considerándose autor al sujeto instrumento, si esta condición típica no concurre en el “hombre de atrás”, este no puede ser autor mediato ni inmediato¹¹⁷ le podría corresponder la denominación de interviniente. *A contrario sensu*, si tal calidad concurre en el autor mediato (*intraneus*), que como servidor público tiene un deber específico, y utiliza a un particular como instrumento para su infracción, se dirá que éste como *intraneus* no es autor directo porque no ejecuto el hecho por sí mismo, tampoco determinador porque utilizó sujeto instrumento no responsable penalmente, luego sí respondería como autor mediato, pues en tal condición realizó el hecho, como propio¹¹⁸.
- D. Órganos de poder o aparatos organizados de poder.** En los delitos en los que el instrumento obra dentro de un aparato de poder. Trátese de órganos de poder estatales o no, las órdenes criminales impartidas por los superiores y que los subordinados ejecutan deberían quedar contemplados como casos de coautoría y eventualmente dentro del campo de la complicidad del subordinado. Pero no se descarta la de la autoría mediata cuando justamente el aparato organizado de poder domina y anula la voluntad del subordinado. Los casos pueden ser polémicos pero individualmente, de manera particular pueden ser resueltos dentro de estos parámetros.¹¹⁹

La Sala de Casación penal en la ya mencionada sentencia de casación de septiembre 2 de 2009, analiza el punto bajo el subtema de **coautoría por cadena de mando**, no sólo dentro del ámbito de la organización criminal en la que se advierte “la intervención plural de personas en principio articuladas de manera jerárquica y subordinada”, sino también en comportamientos de funcionarios públicos, “*quienes como anillo últimos hubiesen recibido ordenes de inmediatos superiores constituidos en mandos medios y éstos a su vez de otras jefaturas ascendentes que*

117 BUSTOS RAMÍREZ. *Manual de Derecho Penal*. Ob. Cit., p. 287.

118 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. Ob. Cit., p. 896.

119 Ibíd., p. 894. Véase el ensayo de MÁRQUEZ CÁRDENAS Álvaro Enrique. *El autor mediato en la doctrina*, en Revista EL PENALISTA. Año 2001-A.

*administrativamente se hallan articuladas hasta llegar a la cabeza principal, como ocurre en la conocida estrategia criminal del terrorismo de estado”.*¹²⁰

- E. No es pacífica la doctrina al excluir de la autoría mediata en los delitos de omisión. No parece de la esencia de esta modalidad, que el ejecutor instrumentado, en todo caso deba ejecutar una conducta positiva, un “hacer activo”, pues se multiplican los ejemplos según los cuales el “hombre de atrás” puede dominar al instrumento hasta el punto de lograr que no actúe cuando debe hacerlo¹²¹.

3.1.3. Autor por postulación por otro

Esta modalidad de autoría fue incorporada en la Ley 599 de 2000 en el inciso 3° del artículo 29 y alude a quien actúa como miembro u órgano de representación, autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal condición o de una persona natural de quien se tenga representación voluntaria, empero en el ejecutor no concurren los elementos típicos que fundamentan la penalidad, los que sí existen en cabeza de la persona representada. En este caso y no obstante esa situación, se considerará como autor a quien así actúa trasladándosele la condición típica que concurre en el representado.

120 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Esta sentencia fue pronunciada **después** de la entrega formal de este módulo pero a ella se alude ahora dado que la Sala Penal de la Corte apoyada en abundante doctrina, abarcó el tema de autores y coautores en un caso concreto que se resolvió por complicidad de la persona acusada. Llama la atención que en razón de las diferentes transcripciones, diga la Corporación que para el **caso colombiano**, esta teoría de la “concurrency de personas en aparatos organizados de poder con instrumento fungible pero responsable o **autor tras el autor**, sólo en apariencia se refiere a la autoría mediata, con un autor atrás del autor material y se dice que **aparentemente**, porque si se trata de coautoría es claro que hay un autor tras el autor, fungible pero responsable, porque en la autoría mediata el autor material, como instrumento no es penalmente responsable.

El 16 de septiembre en proceso de única instancia radicado bajo el número 29640, la Sala Penal de la Corte Suprema ratifica su jurisprudencia sobre aparatos organizados de poder, en el caso concreto, el apoyo económico a un proyecto político por parte del paramilitarismo “fue puesto al servicio de esa causa con el evidente propósito de que el político ejerciera el poder que aspiraba obtener al servicio del proyecto paramilitar que es precisamente como se manifiesta el concierto para promover aparatos organizados de poder ilegales”.

121 ROXIN C, sostiene que esta posibilidad hay que negarla en general. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons. Ediciones jurídicas. 2000. p. 511.

Podría ser el caso que se presenta con el delito de abuso de confianza para el cual, como lo señala el artículo 249 de la Ley 599 es indispensable que el sujeto activo que se aprovecha de un acosa mueble ajena, tenga en relación con dicha objeto una relación jurídica de tenencia, es decir, que se le haya confiado o entregado a título no traslativo de dominio. Pero puede ocurrir que esa condición jurídica (depositario por ejemplo), recaiga en la persona jurídica y no en la persona natural que realiza la conducta. Si este sujeto la realizó en representación de quien tenía la condición de tenedor, responderá de abuso de confianza en virtud de la institución dispuesta por el inciso 3° del artículo 29¹²².

3.1.4. Autor por posición de garantía

De conformidad con el inciso 2° del artículo 25 de la Ley 599 de 2000, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal, como autor a quien teniendo el deber jurídico de impedir un resultado típico no lo llevar a cabo estando en posibilidad de hacerlo si, además, tiene a su cargo la protección en concreto de un bien jurídico cuya protección se le haya encomendado como garante.

La omisión impropia de este agente activo de la conducta omisiva lo coloca como autor, que es tanto como considerar que ejecutó la conducta prevista en la descripción típica y así realiza el tipo objetivo.

Ello no implica que la omisión sea necesariamente dolosa, puesto que, se repite, lo que se prevé es la realización del tipo objetivo, pero no la del tipo subjetivo.

3.2. COAUTORÍA

Esta modalidad implica la participación plural de sujetos activos dentro de la misma categoría, vale decir, como autores. Se presenta cuando varias personas celebran un acuerdo común y llevan a cabo un hecho de

122 Los ejemplos se pueden multiplicar por ejemplo en el caso de artículo 298 que tipifica la especulación si la condición de productor, fabricante o mayorista recae en la persona jurídica de la cual la persona natural que la representa actúa realizando la conducta prevista en esa norma. No es el productor, no es el fabricante, pero adquiere esa condición en virtud de la estipulación por otro. Así para el exportador, el importador, el deudor de crédito oficialmente regulado, el que ejerce monopolio rentístico, el evasor fiscal, etc.

manera mancomunada, mediante una contribución objetiva e importante a su realización, dentro de la división de trabajo que ello implica. De lo anterior se deducen como requisitos de la coautoría:

A. Acuerdo Común: se traduce en un acuerdo común que los compromete para asumir una tarea concreta de la que todos son cotitulares. El acuerdo común puede ser previo o simultáneo, expreso o tácito, pero sí exige la identificación de propósito de tal manera que no se entienda que cada uno de los partícipes actúe con autonomía o independencia de ese propósito como “rueda suelta”. Por esto se predica para cada uno de ellos el dominio del hecho final-social porque aunque solamente realicen una parte del mismo, el propósito es común.

Sin este acuerdo, la simple coincidencia de personas en un hecho, implicará una simple concurrencia de personas de autoría accesoria o paralela.

Puede ocurrir que una persona se incorpore a la empresa criminal una vez que la conducta punible esté en ejecución: se tendrá como coautor si el delito no está consumado si, además, se vincula haciéndose parte de esa empresa común, figura que se ha denominado coautoría sucesiva¹²³.

El criterio de imputación a los coautores, depende entonces de su concurrencia en la realización de la conducta, en la división de funciones y en el dominio del hecho acordado. Se dice que es un dominio funcional porque se refiere a la parcial realización de la conducta típica por varios participantes.

La cuestión cobra importancia, en política criminal cuando se trata del organizador del plan delictivo, que como tal puede reservarse una parte no ejecutiva en la realización efectiva del hecho. No cabe duda que si además de la organización o preparación del hecho la función directiva u organizadora se actualiza en la fase de ejecución pueda ser considerado coautor del mismo, no así si el organizador no actualiza

123 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. Ob. Cit. p. 901. Se pregunta el autor si el coautor que así se incorpora responde de los hechos delictivos que los demás ya hayan ejecutado, por ejemplo, cuando ya se apoderaron de unas mercancías de un depósito y el nuevo coautor se vincula para realizar nuevas sustracciones. Considera no lógico responsabilizarlo de todo el hecho, porque si se trata de un plan común solo se le debe imputar la parte que realizó como coautor.

su función en la fase ejecutiva, porque implica que no domina funcionalmente el hecho¹²⁴.

En aquellos casos en los que se advierte “aparatos organizados de poder” (movimientos subversivos, guerrilleros, paramilitares u organizaciones terroristas o partidos únicos de dominio criminal como el Nacional-Socialismo), se pregunta la doctrina si estamos en presencia de unos determinadores, de autores mediatos o de coautores, cuando no intervienen directamente en la ejecución del hecho. Roxin entiende que en estos casos concurre una autoría mediata por el dominio de la voluntad sobre un indeterminado ejecutor de sus órdenes. No parece correcta esta conclusión si se entiende que el sujeto ejecutor es plenamente responsable de la conducta que ejecuta, la doctrina dominante prefiere situar estos supuestos en la coautoría, entendiendo que el sujeto o sujetos que permanecen en la “central organizativa”, domina tanto la organización como las ejecuciones de las conductas desde allí dispuestas y que por tanto esa función diligente se mantiene actualizada en la fase de ejecución criminal y entonces le correspondería ser contemplado como coautor. No existe la autoría mediata para utilizarla en la realización del delito de una persona que actúa como instrumento doloso, por lo cual de no admitirse la coautoría tendría entonces que calificarse esta forma de participación como de determinación¹²⁵.

- B. División de trabajo.** El coautor no necesariamente realizará toda la conducta típica. Si sólo ejecuta parte de esa conducta, no deja de ser coautor, si dentro de un plan criminal o según operen los aparatos ordenados de poder, propios de las mafias y, en fin, de las organizaciones criminales, le corresponde, dentro de la adscripción de tareas, operativos o faenas una parte de esa conducta. Será coautor, aunque no realice la conducta punible, si lo cumplido dentro de la división de trabajo criminal lo ejecuta con dominio, en virtud del acuerdo común, si, su aporte fuere importante.

124 GÓMEZ BENÍTEZ. Ob. Cit. p. 131.

125 *Ibid.*, p. 131.

C. **Aporte Importante.** Para efectos de la coautoría, dentro de la división de trabajo entre los participantes, que implique para cada uno dentro del plan criminal, por supuesto, un dominio funcional de la tarea por realizar y que el aporte que presta sea **cualitativamente importante**, es decir, esencial para su ejecución y consumación. Se entendería que si, hipotéticamente, se suprime ese aporte, la conducta no tendría realización o continuidad, puesto que si al suprimir el aporte continuara su ejecución, ello implicaría que no se está haciendo un aporte importante. Si bien, el coautor no tiene el dominio total del hecho, si lo tiene respecto de lo que le corresponde realizar conforme con la división de trabajo y es tan importante su aporte que sin él el plan no tendría cumplimiento.

3.2.1 Coautoría en delitos tentados y en hechos omisivos

Nada impide entender la coautoría en delitos cuya consumación no se hubiere logrado por causas ajenas a la voluntad de los coautores o que varias personas responsan como coautores de un hecho omisivo, como ocurre cuando se ponen de acuerdo para no prestar asistencia médica a un familiar enfermo que por ello fallece, si el plan omisivo tenía un propósito delictivo.

3.2.2. Coautoría en los tipos especiales

Aplicando el criterio del dominio funcional no habría coautoría en los casos llamado de propia mano como tampoco en los delitos especiales que exigen un autor calificado. La doctrina discurría sobre la condición de coautor o sobre el cómplice necesario para el *extranets*. La Ley 599 de 2000 para el sistema colombiano, supera el punto con la figura del interviniente, como luego se verá.

3.2.3. De la coautoría impropia

Antes de la Ley 599 de 2000, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en decisión mayoritaria dio paso a la figura de la coautoría impropia considerando como coautor a la persona que comprometida en un plan criminal este culminaba conforme con su preparación aunque el sujeto no hubiere materialmente intervenido en la realización del hecho

o hubiere prestado una contribución accesorio, considerada principal por haberse comprometido con el plan criminal. Podría ser el caso de “campanero” en los asaltos colectivos a entidades bancarias.

Con la reglamentación que la Ley 599 introdujo a la figura amplificadora del tipo, denominada coautoría, podría entenderse que la figura de la coautoría impropia desaparece, pues ante la división de trabajo que la norma contempla es claro que el coautor no tiene que realizar toda la conducta ni tendría que tener todo el dominio funcional de la misma. Lo crucial es que su aporte sea importante, o mejor, lo importante de su aporte. Dependerá de los casos particulares, pues volviendo al “campanero”, según el plan criminal del que se trate no intervendrá en el asalto, no realizará el tipo penal pero su actividad puede ser de especial importancia para la hazaña criminal y entonces será coautor y en este caso no será coautoría impropia sino la propia coautoría que el inciso 2° del artículo 29 del C.P. reglamenta¹²⁶.

Desde el punto de vista de la punibilidad, ninguna diferencia se presenta entre la coautoría como la establece el código penal con la que la jurisprudencia en su momento denominó coautoría impropia.

3.3. COPARTICIPACIÓN

La participación consiste en la intervención en el injusto doloso ajeno, por eso presupone la existencia del autor de un hecho principal al cual se accede, por esto mismo se comprende que el tema se desarrolla dentro del principio de accesoriedad.

Se entiende la existencia de un hecho principal cuando al menos el hecho ajeno se encuentra en grado de tentativa, es decir, que tiene que haber por lo menos un principio de ejecución.

Por otra parte,, desde el punto de vista de la estructura del delito, la doctrina ha considerado tres posibilidades: 1) **De accesoriedad máxima**, consistente en la exigencia de todos los requisitos para que el hecho principal se

126 VELÁSQUEZ VÁSQUEZ F. Ob. Cit. p. 906

considere delictuoso, es decir, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. 2) **La teoría de la accesoriedad mínima**, para la cual basta la realización del hecho típico y 3) **La accesoriedad limitada**, en cuanto basta que haya un hecho principal y que este corresponda a una conducta típica y antijurídica.

Dado que el partícipe no realiza por si mismo la conducta contenida en el tipo penal para los efectos de su punición se han expuesto tres criterios: Uno, el de la participación en la culpabilidad. El partícipe es sancionado por haber guiado al autor tanto a la culpabilidad como a la pena, además de haber contribuido a la ejecución del hecho. Dos, Teoría del favorecimiento o de la causación, conforme con la cual el determinador o el cómplice generan una situación típica y antijurídica de carácter doloso, o la favorece desde un plano material o psíquico y, tres, concepción funcionalista en la que la accesoriedad no se relaciona con la colaboración conocida y deseada, pues no es el dolo de los intervinientes lo que fundamenta que se trate de algo en común, sino la competencia por lo que suceda aún en ausencia de dolo¹²⁷.

3.3.1. Partícipes

Aunque el artículo 30 del C.P. menciona como partícipes al determinador y al cómplice, lo cierto es que el artículo comprende también la interviniente, figura que, desde luego, difiere de las dos anteriores.

3.3.1.1. Determinador

Quien determine a otro a realizar la conducta jurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción. Son formas de determinación, la instigación, el mandato, el precio o promesa remuneratoria y en algunos casos la actuación indebida del agente provocador.

3.3.1.2. Cómplice

El cómplice contribuye a la realización de la conducta antijurídica o presta una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante. Si el compromiso de prestar ayuda personal o real posterior surge

¹²⁷ Ibíd. Ob. Cit., p. 914.

después de la comisión del delito, ya no se puede hablar del cómplice sino del encubridor.

En el caso del cómplice, si bien es común con la autoría tanto el acuerdo común como la división del trabajo, lo cierto es que su aporte no es importante (de serlo sería coautor), lo cual denota que no tiene dominio funcional sobre el hecho ajeno, lo cual implica que si niega su aporte o cesa su participación el hecho principal puede continuar porque no depende de su concurso.

Como se aprecia el cómplice se compromete antes de la consumación del hecho a prestar ayuda a la conducta antijurídica o después de ella. Si su compromiso o acuerdo fuere posterior a la consumación, no estaríamos frente a la figura del cómplice sino a la del encubridor.

3.3.1.3. Del interviniente

Conforme con el inciso 4° del artículo 30 el interviniente es un verdadero coautor, que contribuye a la realización de la conducta típica, mediante división del trabajo, mediando un acuerdo común y efectuando un aporte importante, lo que implica dominio funcional de su participación. Pero en los casos en los que se requiere una condición típica para el autor, es decir, delitos especiales propios, éste participe carece de esa cualificación.

No es determinador porque interviene en la realización del hecho, no es cómplice porque su aporte es importante y no es coautor porque carece de la calidad específica exigida para ello, por eso es un interviniente¹²⁸.

3.3.1.4. Comunicabilidad de circunstancias

Las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter personal que concurran en el autor de la conducta punible, no se comunican a los partícipes, es la regla general. Empero, se tendrán en cuenta respecto de quienes tuvieron conocimiento de ellas. Así pues, el agravante deducido vg. del parentesco, se transmite a quien prestó el concurso criminal enterado de ese vínculo en

128 Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal. Segunda instancia R. 20704. 08/07 de 2003.

el autor, es decir, que la circunstancia recae en el partícipe no tiene el mismo efecto en el autor, que es quien tiene el dominio del hecho y las razones para abstenerse o evitar un grado mayor de lesividad no concurren en él.

Las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter material (precio o promesa remuneratoria, por ejemplo), que concurren en el autor, igualmente se comunican al partícipe que las conoció al planear o al ejecutar la conducta punible¹²⁹.

3.3.1.5 El Agente provocador

Ha resultado de inusitada importancia en la dogmática esta figura que emerge de la actividad ejercida por cuerpos de policía judicial, de inteligencia y de agentes encubiertos en lo cuales, por razones de eficacia, suelen utilizarse procedimientos arriesgados que sutilmente oscilan entre la permisibilidad y la prohibición.

En efecto, acompañar una actividad delictiva participando inclusive en actos de preparación y aún de ejecución de un plan criminal, como ocurren con las entregas vigiladas, con el propósito de recoger información o tener conocimiento o lograr hallazgos de elementos materiales probatorios o de evidencias físicas que faciliten el desmantelamiento de organizaciones criminales y permitan descubrir a sus dirigentes y cabecillas.

Esta clase de actividades, desde el punto de vista de la tipicidad puramente descriptiva, permitiría advertir que los funcionarios o los particulares autorizados para estas prácticas investigativas, actúan como coautores o partícipes como cómplices de conductas delictivas. Sin embargo, por la autorización legal para adelantar esta clase de actuaciones¹³⁰ se comprende que estas conductas no son antijurídicas, si, claro está, se actúa dentro del marco regulado por la Ley.

129 Artículo 62 de la Ley 599 de 2000.

130 Artículos 2440, 241, 242 y 243 de la Ley 906 de 2004, sobre vigilancia de cosas, análisis e infiltración de organización criminal, actuación de agentes encubiertos y entrega vigilada.

Otra cosa ocurre cuando el agente actúa como determinador de las conductas que quiere luego dar por descubiertas y demostradas como ocurre con los llamados “falsos positivos”, de tal manera que si induce, ordena, instiga o, de cualquier manera siembra la idea criminal en el indiciado o imputado, pues en tal evento, se le tendrá como determinador, ya que esta conducta está prohibida por la Ley¹³¹.

De igual manera, debe comprenderse que si el agente, además de provocar o inducir el delito del cual desea descubrir a sus copartícipes, efectivamente interviene en la ejecución y o realización de tales conductas, se le podrá considerar como coautor y aún como autor mediato si se cumplen los demás requisitos que permiten calificarlo como tal¹³².

131 “En estos eventos está prohibido al agente encubierto sembrar la idea de la comisión del delito en el indiciado o imputado”. Artículo 243, inciso 2° Ley 906/04.

132 GALÁN CASTELLANOS Herman. sobre el “Agente provocador” publicado por la revista SINDÉRESIS de la Auditoría General de la República, N° 1.

Capítulo IV

ANTI JURIDICIDAD

En la génesis del derecho sancionatorio, la categoría que cubrió con mayor nitidez buena parte de la historia, como presupuesto y fundamento de la pena fue la culpabilidad entendida como fuerza moral omnicomprendensiva de otros aspectos del delito y sobre ella se configuraron los sistemas punitivos que identificaron lo ilícito con lo culpable. Recuérdese que por la dimensión teológica del derecho antiguo se estableció también una identidad entre ilícito y pecado. Por eso la historia revela la existencia de severos castigos a los blasfemos, a los acusados de hechicería no así por otros hechos definitivamente más graves, precisamente por el eticismo y subjetivismo en el concepto del delito.

La noción del objeto jurídico del delito es una consecuencia de la Ilustración al apartarse de la concepción teocrática del derecho con una proyección hacia su humanización y laicización, de tal manera que es al individuo a quien apunta el sujeto de derechos y de tutela de los mismos. La violación de los llamados derechos subjetivos será el primer gran paso para configurar el ilícito penal como así lo concibió Anselmo Von Feuerbach al sostener que lo importante no radica en que lo ilícito se dirija contra una cosa del mundo real sino a la relación de un objeto con un sujeto que constituye el contenido de un derecho penal que le aporta a su titular facultades y atribuciones de carácter subjetivo. No podía hacerse una alusión al delito si faltare un derecho subjetivo afectado, de tal manera que si lo afectado fuere de otra índole, ello tendría que ser del interés de otra rama del derecho, seguramente de carácter policivo, creándose un primer criterio para diferenciar los delitos de las contravenciones. El derecho subjetivo, paradigma de la ideología liberal, se constituyó como el medio más eficaz para defender la libertad personal, como una garantía del individuo frente al Estado.

Progresivamente se iría superando el fundamento conceptual cimentado en los derechos subjetivos al concentrar la atención en hechos lesivos para la coexistencia social como los merecedores de protección y, por ende, de penas por su vulneración. Se le atribuye al filósofo Rudolph Von Ihering el

deslinde de lo objetivo con lo subjetivo al considerar que la tanto la juridicidad como la antijuridicidad es un problema de carácter objetivo, según lo señale el ordenamiento jurídico, es decir, según estuviera prohibido o permitido, independientemente del dolo o de la mala fe de los sujetos.

Este planteamiento permitió entender que existen en las comunidades intereses importantes pero diferentes. Cuando la ley positiva que enmarca el orden jurídico, acoge ese interés social, para consagrarlo, protegerlo y tutelarlos, ese interés que tiene carácter de bien de toda la comunidad, es decir, *bien común*, pasa a ser un *bien jurídico*, concepto introducido a la dogmática penal por Birnbaum en 1834 para quien, cualquier bien debe ser tutelado por el Estado, siempre que ese amparo no pueda ser realizado más que mediante la amenaza de una pena determinada¹³³. Así lo antijurídico como lo ilícito se conformará por la vulneración (lesión o puesta en peligro) de ese bien jurídico.

Este concepto de lesividad proviene de la filosofía utilitarista¹³⁴, en coherencia con la función preventiva de la pena y la separación entre derecho y moral en cuanto que solo a las acciones reprobables por sus efectos lesivos para terceros pueden corresponder las penas y las prohibiciones y de ello se deriva una doble limitación a la facultad punitiva del Estado, de una parte la necesidad ("*nulla lex poenalis sine necessitati*") y, de otra, porque ante la separación del derecho de la moral, esa necesidad como tutela de bienes importantes no resulta garantizable de otro modo. Lo atinente al bien jurídico no difiere entonces de los fines del derecho penal: se trata de la esencia misma de la justificación del derecho penal¹³⁵.

Gracias a los aportes de Ihering, con la separación tajante entre lo puramente objetivo y lo netamente subjetivo del delito, el concepto de bien jurídico con repercusión social se debe primordialmente a Franz Von Liszt, quien aunque influenciado por el positivismo natural, no prescindió sin embargo del positivismo jurídico (los dos paradigmas del siglo XIX), construyendo una teoría estratificada del delito de enorme influencia en la dogmática penal del siglo XX. Separó lo objetivo (acción,

133 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Ed. Trotta. p.468.

134 BUSTOS R, Juan. Ob. Cit. 45p.

135 FERRAJOLI, L. *Ibidem*

tipicidad y antijuridicidad) de lo subjetivo (culpabilidad). Introdujo en la teoría del delito el dogma causalista, pero como para Liszt el delito era un producto social y la antijuridicidad un daño social, introdujo el concepto de la antijuridicidad material¹³⁶.

Si la antijuridicidad formal positiva consiste en la violación (desconocimiento, desacato o desobediencia) de la Ley, en el sentido de Binding, la antijuridicidad material será la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, sin justa causa. Es decir, sin que concurren causales de justificación¹³⁷.

Aparece pues una triple visión de la *antijuridicidad*: Formal, positiva, la efectiva violación de la Ley. *Antijuridicidad formal negativa*: ausencia de causales de justificación, contempladas por la Ley. *Antijuridicidad material*: lesionar o poner en peligro el bien jurídico¹³⁸.

El concepto múltiple de la antijuridicidad se mantendrá en la teoría neoclásica o neokantiana de los años 30 con algunas diferencias en cuanto al rol del bien jurídico dentro de la teoría del delito, dadas las corrientes espiritualistas desarrolladas dentro de dicha concepción metodológica-teleológica, mediante la cual se aproxima el concepto del bien jurídico a la “ratio legis” de la norma, comprendida como el fin perseguido por el legislador en la estructuración de cada tipo delictivo. Por lo general estos conceptos se mantendrán durante buena parte del siglo XX dentro del ámbito del control político, dentro del orden jurídico.

136 ZAFFARONI, E. *Ob. Cit.* 248p

137 Este criterio se incorporó casi cien años después en Colombia mediante el Código Penal de 1980 en cuyo artículo 4° se dijo: “Para que una conducta típica sea punible, se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la Ley”

138 Los términos de antijuridicidad formal y material no resultan en modo alguno superfluos en el en el plano jurídico-dogmático de la ciencia penal. Antes bien, el diferenciado tratamiento de ellos ha de ser desestimado como presupuesto básico de todo examen del contenido sustancial de la acción típica injusta. La antijuridicidad como momento constitutivo del delito, encierra conceptual y dogmáticamente un sentido unitario. Pero en la misma se integran dimensiones y componentes diversos (se requieren apreciados desde varios puntos de vista) entre los cuales cabe resaltar, como caracteres dinámicos de más significativa relevancia, los aspectos formal y material, que representan dos vertientes básicas desde la que aquella puede ser contemplada”. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El Bien Jurídico en el Derecho Penal*. Ed. Universidad de Sevilla. 1974 p. 74.

Si el bien jurídico es un concepto que concreta una relación social dialéctica (individuo-sociedad) dentro de una fórmula normativa sintética es evidente entonces que ingresa en el cuerpo del ordenamiento jurídico que comunica estrechamente al legislador y a los destinatarios de las normas que éste expide.

Le corresponde pues al legislador una función de selección de los intereses que elevará al rango jurídico, con lo cual el tema del bien jurídico entra en los terrenos de la política, puesto que, además de imponerle una *doble función, de motivación y de protección de bienes jurídicos*, constituye también un límite al poder público en cuanto impone al Estado el deber de seleccionar adecuadamente los legítimos intereses que han de ingresar en el orden jurídico que garanticen la coexistencia pacífica y la seguridad, tanto a la sociedad como a cada sujeto de la misma, en particular, precisar sobre qué se ejerce esa protección y examinar las bases respecto de las cuales se asienta esa protección como de establecer el por qué de dicha protección. Este concepto, como se aprecia alude a un sistema crítico y participativo que consulta las necesidades fundamentales del individuo y de la sociedad a la que pertenece¹³⁹.

La aparición del Estado como forma política del mundo actual, concentra el monopolio de la fuerza y convierte al Derecho como una concepción que se incrusta en la razón y fin del Estado, produciendo así un sistema que se convierte en la fuente de la *seguridad jurídica*. “No hay sistema que no produzca, por su sola existencia, una cierta seguridad jurídica, ni seguridad jurídica que se pueda concebir al margen del sistema”¹⁴⁰.

Paulatinamente, en el mundo moderno y en un Estado de Derecho, la seguridad jurídica se irá constituyendo a su vez en un derecho y en un bien jurídico tutelable, como valor superior dado que representa un anhelo permanente del ser humano, como la libertad o la resistencia a la opresión. La seguridad jurídica, a la vez que implica límites al poder porque somete a los gobernantes a la Ley, supone una estrecha relación

139 BUSTOS R., Juan. *Manual de D.P., Ob. Cit.* p. 155. BERDUGO G., Ignacio y ARROYO Z., Luis. *Ob. Cit.* pp. 9 a 13.

140 PECES BARBA, Gregorio. *DERECHO Y DERECHOS FUNDAMENTALES*. Editorial Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1993. p. 268

con la justicia porque como sistema conforma un campo de garantías tanto en la aplicación de la Ley como en su misma interpretación, sometida a determinados cánones que impiden las arbitrariedades de los operadores del sistema (vg. “in dubio pro reo”, “in dubio pro libertatis”, analogía “in malam partem”, aplicación de Ley favorable, etc.) y, además, estrecha vinculación con la sociedad al considerar con especial sensibilidad a los sectores vulnerables de la sociedad, como le corresponde a un Estado Social, no obstante los embates de las posiciones reduccionistas del Estado, propia de las políticas neoliberales dentro de las cuales, como en la contienda darwinista “el pez grande consume al chico” por la prevalencia del interés más fuerte¹⁴¹.

Desde luego, la noción del bien jurídico conecta estrechamente con la moderna teoría política que constituye al Estado con las delimitaciones que lo caracterizarán como de Derecho, Social y Democrático, con un núcleo antropocéntrico, en el sentido de colocar al individuo en su razón, su medida y su fin¹⁴², que supone que el individuo y el pueblo al que pertenece, participan mediante el sistema de la inclusión en la selección de los bienes jurídicos tutelables y que entiende que el bien se contempla como jurídico cuando es reconocido por la norma.

Si los poderes públicos emanan del pueblo soberano, es evidente que los legisladores como sus representantes tienen el deber y la función de seleccionar adecuadamente los bienes que son dignos de tutela jurídica para que los destinatarios de las normas que expiden conozcan a cabalidad qué se protege, por qué y cómo se tutelan los intereses sociales¹⁴³. Surge de la noción del bien jurídico un *principio garantizador* de carácter cognoscitivo y emana de ello esa misión pedagógica que le compete al Estado en cumplimiento de la *función promocional del derecho*.

Resulta de lo anterior, que la naturaleza del bien jurídico es trascendental¹⁴⁴ y no inmanente¹⁴⁵, entendiendo que su dirección surge de la naturaleza de las cosas y de la vida social como se entendió desde la

141 PECES B., Gregorio. *Ibidem*. pp. 271 a 277 y p. 285.

142 El artículo 1º C. N. así lo indica.

143 Artículo 3º C. N.

144 BUSTOS R., Juan. *Manual de D.P. Ob. Cit.* p. 155. BERDUGO Y ARROYO, *Ob. Cit.* pp.9 a 14

145 La inmanencia del bien jurídico fue sustentada principalmente por BINDING quien sostenía que

jurisprudencia de intereses (IHERING) y como lo plantearon para el derecho penal BIRNBAUM desde el iusnaturalismo racionalista y LISZT desde el punto de vista de política criminal¹⁴⁶ contra los predicamentos conformados por orientaciones autoritarias de tipo teleológico formalista o tecnicista que llegaron a plasmar una concepción idealista del bien jurídico, que se convertiría así en “copia o negativo” del fin de la norma.

De lo anterior debería quedar claro, que *el titular de los bienes jurídicos es el individuo considerado como un ser social* y no el Estado como lo atendieron el formalismo y el tecnicismo jurídicos, que de esta manera condujeron a exagerados y equivocados planteamientos al considerar que el delito es un atentado contra él, con lo cual se deformó o suprimió el concepto de bien jurídico, ya que si lo importante es el Estado, el delito se construye como la infidelidad respecto de él¹⁴⁷.

La eficacia de la norma no depende entonces solamente de su validez (formal) sino también de su *justicia*, esto es, su consonancia y congruencia con los intereses fundamentales del individuo y la sociedad, esto es, del bien jurídico reconocido por la norma.

En el derecho penal así conceptuado, el concepto de injusto gira en torno del concepto de bien jurídico, en otras palabras, lo antijurídico se concibe en relación con el bien jurídico por lo que la antijuridicidad es fundamentalmente material. La noción de bien jurídico, reclama así su trascendental importancia.

4.1 BIEN JURÍDICO E INJUSTO

El delito no es sólo un problema de conductas, sino un tema complejo de carácter normativo. La acción, por pervertida o repugnante que sea, desde el punto de vista moral o social, es irrelevante para el derecho penal si no

cada norma tiene y determina totalmente su bien jurídico, reduciéndolo a un problema interpretativo y ajustado al querer del legislador. A esta dirección se vincula el finalismo ya que para Welzel el bien jurídico es “un bien vital fundamental del individuo o de la comunidad que es protegido por el ordenamiento jurídico”

146 Art. 5º C.P. N. “El Estado reconoce sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”

147 BUSTOS R., Juan. *Manual D.P. Ob. Cit.* p. 133

está comprendida en una norma penal que la tipifique. En otras palabras, la acción penal es relevante si es típica, por consiguiente, no deberían existir separaciones entre estos elementos, que de esta manera obran integrados en la teoría del delito.

Pero, además, si es claro que la norma se expide en virtud de una función protectora y motivadora, ello implica que cuando el legislador describe una conducta, la tipifica como no deseable, es decir, la prohíbe porque la quiere “evitar”. Y se pregunta entonces: ¿Por qué la prohíbe, por qué la considera no deseable? La respuesta es obvia, por ser contraria a la juridicidad, o lo que es lo mismo: por ser “*contra jus*”¹⁴⁸. Por lo mismo, el fundamento de la tipicidad es lo injusto, por eso se tipifica lo injusto¹⁴⁹. El injusto típico, integra los tres elementos: acción, tipo y antijuridicidad en el tipo de injusto, con lo cual, la teoría fragmentaria o estratificada tradicional del delito, tiende a un concepto integrado de carácter objetivo y subjetivo, valorado, no neutro. Ese carácter dinámico del bien jurídico constituye la razón permanente de los procesos de criminalización y descriminalización a que está expuesto el derecho penal

Con los neokantianos en el derecho penal (Mezguer) la tipicidad es “*ratio essendi*” de la tipicidad, es decir, que constatada la tipicidad se da al mismo tiempo la antijuridicidad y que la tipicidad recoge la valoración que implica la oposición del hecho con el derecho. Para la metodología de Mezguer, la antijuridicidad antecede a la tipicidad porque es lo injusto lo que permite entender la tipicidad y es la tipicidad la que indica las conductas antijurídicas que interesan al derecho penal. Por consiguiente, la tipicidad y la antijuridicidad son inseparables.

148 Así para Gimbernat Ordeig y para Roxin. Cita de BUSTOS R., Juan. En Bases Críticas. Ob. Cit. 20p.

149 No era congruente entonces el artículo 29 del anterior código penal, (1980) al estimar en sus tres primeros ordinales que la acción penal es típica pero no antijurídica, como si se tratara de acciones prohibidas pero justas, lo cual es un contrasentido, porque sólo lo injusto se tipifica. El artículo 29, expresaba: “El hecho se justifica cuando se comete: 1º. En estricto cumplimiento de un deber legal. 2º. En cumplimiento de una orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales. 3º. En legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público”. Esta clase de conductas, desde la perspectiva de la norma prohibitiva, deben ser consideradas como atípicas, puesto que no es lógico prohibir que se cumpla con el deber, o ejercitar el derecho de una actividad lícita. En la visión del tipo de injusto integrado, resulta claro excluirlo en las circunstancias transcritas.

Supone esta teoría que la tipicidad y la antijuridicidad obran de manera unida y equivalente, lo cual suscitó la réplica de WELZEL, quien aseguraba que con esta teoría, matar una mosca es un hecho atípico, matar en legítima defensa también, luego son equivalentes mal la mosca y matar una persona en legítima defensa, lo cual revela un defecto de valoración. Para JOSÉ MANUEL GÓMEZ BENÍTEZ¹⁵⁰ sí se trata de una confusión de la función motivadora, pues con la tipicidad (elemento positivo del tipo) prohíbe matar, como norma de determinación y con la legítima defensa (elemento negativo) no es que sea imperativo matar en legítima defensa. La valoración aquí tiene un carácter excepcional, como norma valorativa pero no imperativa.

En el funcionalismo sistémico de JAKOBS, el bien jurídico es la validez de la norma. Con el homicidio, por ejemplo, lo principal no es que se cause una muerte o se suprima una vida, sino la “significación” que tiene la conducta homicida como negación del ámbito de protección de la norma. Con esta visión, se produce un retorno a la teoría de las normas de BINDING; más aún, niega o relega la teoría del bien jurídico al convertirla en una teoría de validez de la norma, lo que es consecuente con la concepción que tiene de la pena, dirigida ésta a factores internos¹⁵¹.

Dado el carácter normativo del delito y del injusto, resulta entonces indispensable analizar la elaboración de su teoría desde las funciones y referencias de la norma penal.

La línea que conecta el vértice superior con el resultado (lado opuesto al anterior), representa un juicio normativo de valoración que indica la función protectora de la ley, ya que, siguiendo con el ejemplo de la norma que tipifica el homicidio, la lectura de la norma sería: “Respete la vida humana. La vida humana es valiosa”. En consecuencia, el resultado que se describe (típico) es un resultado desvalorado, por lo que la norma, en este sentido, es una norma de valoración.

Lo anterior corresponde a una antigua controversia, no acabada, sobre el verdadero carácter de la norma penal: Desvalor de acto, o desvalor de resultado, o desvalor de acto y resultado. Todo depende de la concepción

150 GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría Jurídica del Delito*. Ed. Civitas. 1988. p. 299 y ss.

151 BUSTOS R., J. Manual D.P. Ob. Cit. p. 47

que se tenga sobre el contenido y significado de la norma: norma de determinación de conductas (imperativa) o norma de valoración. La primera, aparentemente se corresponde con la tipicidad, la segunda con la antijuridicidad.

Las llamadas teorías monistas consideran sólo el desvalor del acto o el desvalor del resultado. Las dualistas, tanto el desvalor del resultado, como el desvalor del acto, con algunos matices: para unos, deben concurrir ambos significados, desvalor de acto y desvalor de resultado (teoría de la congruencia) de tal manera que la ausencia de uno de ellos, descarta el delito, (MAURACH) pues la carencia de uno, o ambos, excluye la posibilidad de un juicio positivo sobre el hecho. Para otros (JESCHECK) el injusto, ciertamente, se fundamenta si concurren tanto el desvalor de acto como el de resultado, pero también entienden que para la justificación del hecho, deben conjuntamente concurrir tanto el elemento subjetivo como el objetivo de justificación¹⁵².

Dependerá de la independencia que le conceda a cada uno de ellos o a la jerarquía o supremacía de uno sobre el otro. Esto revela la enorme complejidad del ordenamiento jurídico y la importancia que tiene relacionar la tipicidad con la antijuridicidad.

4.1.1 Teorías Monistas

A. Desvalor del Acto (Concepción subjetiva)

Ahora bien, han existido posiciones muy importantes que sólo admiten como fundamento de la responsabilidad y de la punibilidad, la realización de conductas desvaloradas por la Ley, desvalor de acto (típicas) sin sujeción alguna al resultado producido (desvalor de resultado).

La concepción del delito desde una perspectiva exclusivamente subjetiva (monista) consistente en el desvalor de acción, prescindiendo del desvalor de resultado, conduce a diferentes situaciones críticas, así: 1 - Genera posiciones eticistas del derecho, que mediatizan y relegan a segundo plano la protección de los bienes jurídicos. 2- Conduce a la aceptación dogmática

152 HUERTA T., Susana. Ob. Cit. p. 96 y 117.

de la punibilidad de las tentativas inidóneas (delitos imposibles por inidoneidad) 3- Aproxima el derecho penal, peligrosamente, a la represión de las malas intenciones. 4-No permite diferenciar los delitos culposos de las simples contravenciones, si el resultado es «trascendente en la estructura de la conducta punible. 5- Permite la aplicación de la “*versari in re Ilícita*” según la cual, basta para la sanción penal que una acción se haya iniciado con mala intención sin importar si el resultado final, por estar tan remoto de la intención, carezca de relación de causalidad con dicha “mala voluntad”. 6- No justifica que la tentativa tenga menos pena que el delito consumado ya que en uno u otro evento concurre el mismo desvalor de acción.¹⁵³

B. Desvalor de Resultado (Concepción objetiva)

En el antiguo Derecho penal germano el efecto externo de la conducta constituyó su punto de partida, fundamentalmente porque vivía la etapa de la venganza privada, sustentaba lesiones que explicaban la retaliación y porque, indudablemente resultaba más fácil probar la causación externa de un resultado que la actitud interna del autor.

ANSELMO Von FEUERBACH, famoso redactor del primer código penal Bávaro, concibió a la voluntad humana en el delito, como definitivamente determinada por múltiples actores o impulsos que le impedían actuar libremente. Seguidor de Kant, consideró que la voluntad sólo es libre respecto de quien se comporta conforme con la Ley moral, porque todo lo que concierne a lo interno del hombre pertenece al campo de la moral, no del Derecho.

Esta concepción relegó la voluntad libre a un segundo plano, para sustentar el carácter retributivo de la pena en una sobrevaloración del suceso externo, es decir, del resultado. El delito, para Feuerbach consiste en la lesión del derecho subjetivo de otra persona que tiene lugar cuando se produce el resultado delictivo, agotándose el delito en dicha causación, que es lo único que incumbe a las Leyes externas o jurídicas. Con este autor y filósofo, las teorías de la causalidad tuvieron en el positivismo

153 SACHER de K., Mariana. Evolución del tipo subjetivo. Ob. Cit. p.23.

jurídico, un gran impulso, como las tendrían luego con la influencia del positivismo natural, mecanicista y técnico.

Sobre la base del naturalismo, como ya se dijo antes, FRANZ von LISZT y ERNST BELING construyeron el sistema clásico del delito sobre el esquema de la teoría causal. Liszt, al definir la acción, se refiere a una modificación del mundo exterior. Pero, al sincretizar lo natural con lo normativo, refiriéndose a lo fundamental del delito, expresa: “El acto contrario al derecho es un ataque a los intereses vitales de los particulares o de la colectividad, protegidos por las normas jurídicas, por consiguiente, una lesión o un riesgo de un bien jurídico”, posición coherente con la aspiración de desarrollar una ciencia penal integradora-supera-dora del estudio estricto de las normas ¹⁵⁴.

El renacimiento de la filosofía idealista, marcó un regreso parcial al pensamiento kantiano, puesto que, sin rechazar del todo el realismo empírico, entendió la realidad no como algo netamente objetivo sino como un producto teórico. Así el mundo objetivo resultaría construido conforme con las Leyes causales generales provenientes de la conversión de cada causalidad particular, única e irrepetible convirtiéndola en el mundo teleológico de los conceptos de las ciencias naturales.

Para el neokantismo, el Derecho penal no se acaba en un mero proceso psíquico, sino que los objetos que son comprendidos por sus conceptos y proposiciones, tienen un sentido y un valor. Por lo mismo, al reconocer esa realidad objetiva, mantuvo un sentido positivista porque no se apartó del causalismo natural en la estructura del delito dividida en dos partes: el ilícito objetivo, valorado, y la culpabilidad subjetiva¹⁵⁵.

Para MEZGUER, uno de los principales sostenedores del pensamiento neokantiano, el contenido material del injusto, es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. JURGEN BAUMANN, de la misma corriente de pensamiento, dijo que la verdadera función del derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos especialmente importantes (valores

154 BERDUGO GÓMEZ, Ignacio. *Reflexiones sobre la problemática del Bien Jurídico*. Universidad de Salamanca. P.4

155 BUSTOS R., Juan. Manual, Ob. Cit. p. 141

jurídicos - intereses) y de esta protección se deriva la concepción del injusto como lesión del bien jurídico, con lo cual, como lo hicieron Liszt y Beling, con diferente método, se inclinaron por la tendencia monista del desvalor de resultado, si bien, las posibilidades reales para el bien jurídico no fueron desarrolladas desde esta tendencia doctrinal puesto que al colocarlo en el mundo de los valores se pretermitieron criterios de objetivación. Una concepción así, que prescindiera del desvalor de acción y fundamente la responsabilidad sólo en el desvalor del resultado, puede conducir equivocadamente a la responsabilidad objetiva, proscrita en nuestro sistema penal.

4.1.2 Teorías Dualistas

Se basan en que para la configuración del injusto penal son indispensables tanto el desvalor del acto, como el desvalor del resultado, dentro de un mismo nivel. Sin embargo, dependiendo de la jerarquía o preponderancia que se conceda a uno u otro, las opiniones en torno del desvalor de acto y desvalor de resultado se agruparon en aferentes matices al tratar ya no la constitución del injusto sino su exclusión mediante las causales de justificación, respecto de las cuales las discusiones aún vivas se centran en relación con la aceptación del elemento subjetivo de la justificación, tema éste de bastante complejidad, tanta, que puede afirmarse que la discusión al respecto, ni ha culminado, ni es pacífica.

- A. Quienes sostuvieron una concepción predominantemente objetiva del injusto, estiman que para que se dé la justificación basta la presencia de un resultado valioso aunque concurra una acción desvalorada, por lo mismo “el hecho permanece antijurídico siempre que exista desvalor de resultado, a pesar de que falte el desvalor de acción”. El desvalor de resultado no es de menor importancia jerárquica que el desvalor de acción en la constitución del injusto. En opinión de MUÑOZ CONDE no existe una jerarquía lógica o valorativa entre ellos, ya que ambos contribuyen, al mismo nivel, a constituir la antijuridicidad de un comportamiento. Lo que sucede es que, por razones político-criminales, el legislador, a la hora de configurar los tipos delictivos puede destacar o hacer recaer el acento en uno u otro tipo de desvalor. De esta suerte el desvalor de resultado se presenta como

un componente del injusto de carácter independiente, no limitándose su función a la de aumentar el desvalor de acción, ya que esto último supondría aceptar que el injusto queda ya plenamente constituido con la sola presencia del desvalor de acción olvidando que, como dice CEREZO, este sólo puede fundamentarse en referencia a la lesión del bien jurídico, es decir, al desvalor del resultado”.

- B. Por el contrario, otros sostuvieron que si concurre ese elemento subjetivo en sentido de desvalor de acto, debe generar consecuencias punitivas, no obstante se cause un resultado valioso, pero si la acción es valiosa, desaparece el injusto, no obstante el desvalor de resultado.
- C. Hay quienes afirman que no basta, para que quede excluido el injusto que la acción sea valiosa, si el resultado es desvalorado (valor de acción-desvalor de resultado), puesto que esta situación puede conducir a un error de prohibición, que si fuere invencible, excluiría la culpabilidad, pero no el injusto y, si fuere vencible, habría que condenar por delito doloso atenuado (teoría estricta de la culpabilidad que ahora acoge el nuevo código penal colombiano: art. 32, ord. 10).

La llamada teoría de la congruencia, expresa que “de la misma manera que desvalor de acción y desvalor de resultado contribuyen en forma conjunta a constituir el injusto, valor de acción y valor de resultado deben, así mismo, concurrir necesariamente para su exclusión, de manera que la falta de uno de ambos elementos produce la incongruencia entre voluntad y resultado y excluye la posibilidad de un juicio positivo sobre el hecho”⁸¹, así que si hay desvalor de acción con resultado valorado, debe condenarse por delito consumado, pues el injusto no se excluye.

- D. Es también la posición de los sostenedores de la teoría de los elementos negativos del tipo, según la cual se admite la exclusión del injusto únicamente cuando, conjuntamente, aparecen sus contrarios: valor de acción y valor de resultado. A diferencia de la anterior, cuando existe desvalor de acción con resultado valioso, se debe sancionar el hecho a título de tentativa, y no como delito consumado, pues para ello hace falta el resultado desvalorado, con el cual se integra el injusto.

- E. Otros consideran que en ocasiones especiales (excepcionales) tratándose causales de exclusión del injusto, la Ley exige el elemento subjetivo de la justificación, por consiguiente, que así como el resultado debe ser valioso también la acción realizada debe ser en sí misma valiosa, en otras palabras, a la eliminación del desvalor de resultado debe sumarse la ausencia de desvalor de acción.

Así por ejemplo el nuevo Código Penal Colombiano en su artículo 32.7, a propósito de la legítima defensa, expresa: “se obre por la necesidad de defender un derecho”, lo cual supone que en el actor debe existir un “*animus defendendi*”, de tal manera que la defensa no sea producto de la casualidad, ni obedezca a un motivo ilegítimo como la venganza, el resentimiento o el aprovechamiento de circunstancias desfavorables al agresor, sino del propósito real de defensa, es decir de una acción valorada por ese ánimo, que por lo mismo produce un resultado “*secundum jus*”, vale decir, conforme con el derecho, esto es, no desvalorado. Una conjunción de resultado no desvalorado con acción valorada, o lo que es lo mismo: acción y resultado valorados, pero, si la causal de justificación no exige expresamente el elemento subjetivo, bastaría entonces con la presencia de un resultado valorado para excluir el injusto.

El sistema penal colombiano implantado en la Ley 599 de 2000 participa de la concepción dualista, puesto que expresamente ha consagrado, de una parte, que la conducta es punible, es decir, desvalorada, si se realiza con dolo o culpa y, de otra, que para que la conducta típica sea punible, se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la Ley penal, esto es, el desvalor de resultado.

4.2 POSICIÓN CRÍTICA DEL BIEN JURÍDICO

No obstante el reconocimiento dominante en la doctrina sobre la importancia del bien jurídico en la antijuridicidad material, en la teoría del delito y en la teoría de la pena, es cierto que subsisten aún serias dificultades en relación con su concreción, contenido o conceptualización. Es verdad que la Ley, por regla general, no define los bienes jurídicos ni se

encarga de señalar su contenido, por el contrario, se limita a su denominación jurídica ("*nomen juris*") en la sistematización de los códigos, por ejemplo, fe pública, administración pública, integridad moral, vida. Por consiguiente, le corresponde al intérprete llenar tales vacíos, (dogmática del intérprete) tarea nada fácil, como lo demuestra la praxis a lo largo de la evolución metodológica del derecho penal objetivo (normativo)¹⁵⁶.

Infortunadamente para una teoría del bien jurídico tan fundamentada y reconocida, las diferentes tendencias que se han proyectado para la formalización y concreción de su contenido, tanto las trascendentalistas como las inmanentistas han pecado por vaciar su contenido o por incurrir en vaguedades o ambigüedades que conducen a la inutilidad del concepto en detrimento de su función garantista y limitadora del poder.

La tendencia inmanente es incompatible con un Estado Social y Democrático, por su revestimiento formal, abstracto y autoritario, que convierte, peligrosamente, al bien jurídico en una categoría valorativa por la Ley misma, por consiguiente, conduce más temprano que tarde a la mediatización del bien jurídico, pues el injusto no se configurará por la dañosidad u ofensividad del acto punible, sino por su contrariedad con la Ley. El delito será una desobediencia a la Ley, un desacato al legislador, un desaire a la autoridad estatal. Las posiciones inmanentes del bien jurídico son acriticas, tienden a confundir el resultado con la conducta misma, y la conducta con el dolo, es decir, que dada la conducta, el dolo se considera implícito ("*dolus in re ipsa*") y por consiguiente demostrado por la misma conducta y con ella, cumplido también comprobado el resultado no deseado por el legislador¹⁵⁷.

156 "El núcleo de la ciencia del Derecho penal lo constituye la dogmática penal (teoría del derecho penal) Ella parte de la Ley como fundamento y límite elaborando el contenido conceptual y la estructura de las proposiciones, ordenando la materia jurídica en un sistema en que también tienen lugar las decisiones de los tribunales y las opiniones científicas, procurando encontrar nuevos caminos para la construcción de los conceptos y de la sistemática". Cita de JESCHECK por BACIGALUPO Enrique. Delito y Punibilidad. Ed. Civitas, 1983 p. 23.

157 GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. El Principio de la Antijuridicidad Material. Ed. Radar. 1993 p.72 se pronuncia en contra de la teoría inmanente, la cual -dice- debe ser rechazada.

Como lo sostiene MUÑOZ CONDE ¹⁵⁸“sería bueno que por bien jurídico pudiera entenderse algo concreto, realmente existente, bastaría entonces con que el legislador se remitiera a ese algo visible facilitando así el control de su decisión. Pero esta vía está vedada por cuanto existe una diferenciación conceptual razonable que la teoría del bien jurídico ha desarrollado hace ya tiempo; una cosa es el bien jurídico y otra cosa es el ‘objeto de la acción’. Así, por ejemplo, en el hurto, una cosa es el patrimonio económico (bien jurídico) y otra cosa es la ‘cosa mueble ajena’ (objeto de la acción; y en la falsificación de moneda una cosa es el tráfico monetario y otra cosa es la moneda concretamente falsificada¹⁵⁹”.

Las posiciones trascendentalistas entienden que si el derecho penal posibilita la vida en comunidad al garantizar el funcionamiento y la evolución de un determinado sistema social, el concepto de bien jurídico tiene que ir referido a esa realidad, por tanto su existencia no depende de la creación del legislador, sino que es anterior al mismo, por ello puede limitar su actividad¹⁶⁰. Para precisar ese concepto que, como su nombre lo indica, trasciende al derecho, algunas corrientes trascendentalistas político-criminales se han manifestado a través de dos grandes tendencias: las que tienden a la juridización del bien jurídico por vía de la Constitución, ya que ella “*es la genuina expresión consensuada de la voluntad de los miembros de una comunidad, como expresión jerarquizada de aquellos Intereses que se estiman esenciales para el funcionamiento del sistema social*”¹⁶¹ y las que pretenden fundamentarlo en teorías sociológicas.

En las proposiciones constitucionales del bien jurídico se distinguen a su vez dos líneas denominadas proyecciones *constitucionalistas estrictas*, como son los criterios deferidos por RUDOLPHI Y BRÍCOLA de acudir al texto constitucional para delimitar cuáles sean bienes jurídicos, y

158 MUÑOZ CONDE, Francisco y HASSEMER, Winifred, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Ed. Tirana lo blanch. 1989 p. 105.

159 En los delitos de celebración indebida de contratos, una cosa es el interés general a cuyo servicio está la función administrativa según principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad (bien jurídico de la administración pública, artículo 209 C.N.) y otra cosa es el régimen de incompatibilidades o inhabilidades como objeto de la acción, esto es, sobre el cual recae la conducta. El hecho de cumplirse una acción en contravía de ese régimen de inhabilidades, no agota el injusto, pues falta que esa acción se concrete con dañosidad u ofensividad en la administración pública, que como bien jurídico tiene un contenido que va más allá del objeto de la acción.

160 BERDUGO, Ignacio. En “Reflexiones” Ob. Cit. p.7.

161 BERDUGO Y ARROYO. Ib. p. 10.

las *constitucionalistas amplias*¹⁶² que conciben la Constitución como una norma programática, como un modelo democrático o un criterio hermenéutico orientador.

Las teorías de tendencia sociológica, por su parte, se basan ora en teorías funcionalistas o del consenso o en las teorías del conflicto, las cuales plantean que el orden social surge de la prevalencia de un grupo sobre otro, fruto de los conflictos sociales.

Siempre será posible encontrar un claro punto de apoyo en la Constitución, puesto que su texto bien puede facilitar la determinación de los bienes jurídicos importantes para una intervención mínima del derecho penal (“última ratio”)¹⁶³, y aunque no señale su concreto contenido, ni su jerarquía o prelación¹⁶⁴ siempre será indispensable proyectar el bien jurídico en torno de la persona humana, como corresponde con el sentido personalista del contenido del bien jurídico, como ente social y, por ello mismo, ubicado en una sociedad determinada por el momento histórico, de enorme complejidad.

De hecho ha sucedido, añade FERRAJOLI¹⁶⁵ en los modernos estados constitucionales, gran parte de los contenidos o valores de justicia elaborados por el iusnaturalismo racionalista e ilustrado han sido incorporados y consagrados en las constituciones como los principios de igualdad, desarrollo de la personalidad, los derechos inviolables, personalísimos, como también los derechos civiles y políticos como las garantías penales y procesales como derechos fundamentales.

162 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Libertad Personal y Seguridad Ciudadana*. Ed. PPU p49.

163 *La Mínima intervención y la consideración subsidiaria y fragmentaria (“última ratio”) del Derecho Penal, explica la significancia del bien jurídico para los fines punitivos y, en particular, para la proporcionalidad de la pena según la gravedad del hecho, por consiguiente, la dañosidad insignificante (“bagatela”) es impropia en un Estado Social que sustancialmente se apoye en criterios de ofensividad y dignidad humana.*

164 *Del texto constitucional no se precisa, en efecto, si la vida es más importante que la dignidad, la libertad, la igualdad o la libertad de cultos, como tampoco define esos derechos fundamentales que, como tales, son bienes jurídicos incuestionables.*

165 *Ib. p. 355 “ En esta condición es el antiguo conflicto entre derecho positivo y derecho natural y entre positivismo jurídico e iusnaturalismo ha perdido parte de su significado filosófico-político, al haberse cambiado los términos de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre derecho como es y derecho como debe ser.”*

Es cierto que, como lo afirma MUÑOZ CONDE¹⁶⁶, decir que el derecho penal protege derechos fundamentales es decir una obviedad, si cualquiera de los bienes jurídicos protegidos a través del derecho penal son reconducibles directa o indirectamente a algunos de los derechos fundamentales, pero es también cierto que no todos los bienes jurídicos tienen esa connotación. Si bien no debe existir confusión entre bien jurídico y derecho fundamental, como lo requiere Roxin¹⁶⁷, sin embargo, es cierto que en algunos casos una misma realidad ostenta el carácter de derecho fundamental y de bien jurídico. Lo significativo al respecto, es que la condición de derecho fundamental no demarca per se el ámbito de lo punible.

En suma, constituyen bienes jurídicos de rango constitucional los directamente reconocidos al ciudadano en el texto constitucional, los recogidos en convenciones internacionales, integrados al orden jurídico nacional como los de carácter colectivo, tutelados en sí mismo sin referencia personal (medio ambiente, salud pública) expresa pero con sentido personalista, como ya se dijo. La Constitución es ciertamente el marco fundamental del sistema de protección, pero en ella no se cierra el sistema, si, como lo dice BUSTOS RAMÍREZ, se quieren conservar las bases democráticas del sistema”.

Las teorías sociológicas surgieron como una reacción contra la concepción espiritualizadora del bien jurídico que caracterizó la corriente neoclásica, puesto que condujo a concebir los códigos penales como códigos morales, por ser la moralidad un valor cultural constatable en cada modelo social y así explicar la punición de varias conductas referidas a la moral pública” como la ofensa a sentimientos religiosos o el irrespeto a los difuntos o la prostitución o el homosexualismo entre adultos.

Si la teoría de la espiritualista legitimación valorativa cultural se expresa jurídicamente a través de la teoría de protección de los bienes jurídicos, entendidos como valores espirituales-culturales -sostienen los partidarios de las teorías sociológicas, el injusto penal se apoya esencialmente en el resultado, necesariamente la pena tiene que enmarcarse en una concepción retributiva. Pero además, se agrega, si la teoría del bien

166 MUÑOZ CONDE, Francisco. “Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del derecho penal”, en XX Jornadas Internacionales del Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia.

167 CADAVID QUINTERO, Alfonso. *Introducción a la Teoría del Delito*. Editorial Diké. 115p

jurídico se comprende dentro de un criterio de “dañosidad” de un bien individual o de un valor social, como quiera que la sociedad no funcionaría sin preservar tales valores indispensables para que la persona se auto realice en la vida social y ambas categorías de bienes jurídicos se traducen en condiciones valiosas, aún dentro de la concepción de Roxin para quien los bienes jurídicos constituyen “condiciones fundamentales del funcionamiento de la sociedad, la lesión del bien jurídico sigue siendo “oposición a un valor” ecléctico (ético-espiritual-cultural) de base tanto espiritualista como naturalista, por consiguiente, como limitación del “ius puniendi” no ofrece un criterio social de referencia para la criminalización de vulneraciones a bienes jurídicos¹⁶⁸.

Si el tipo penal debe contener un significado social de la materia de prohibición, el principio de lesividad debe entenderse como directa lesión de un bien social con plena significación exclusivamente social que permita entender el derecho penal como protección de bienes jurídico-sociales y en tal sentido también el límite al “ius puniendi”¹⁶⁹.

Los criterios de la “lesividad social” se definen con el reconocimiento del principio de la irrelevancia o insignificancia, con la inclusión de los componentes subjetivos de desvalor de acción en el tipo y con la definición del desvalor de resultado como una expresión de peligrosidad o riesgo de una acción final para un bien jurídico, es decir, no la lesión en sí misma, sino su objetiva puesta en peligro¹⁷⁰. En suma, para esta visión sociológica del bien jurídico, “el “ius puniendi” se legitima mediante el ejercicio de una función protectora de la sociedad que se concreta como actuación de la pena cuando se da un perjuicio social, en tales casos, existe una objetiva necesidad preventiva general de pena¹⁷¹”.

Ya en la evolución funcionalista del derecho penal, encauzada a través de las teorías funcionalistas de los sistemas sociales, el “ius puniendi” podrá ejercitarse contra determinados hechos disfuncionales, lo cual supone la

168 GOMEZ BENITEZ, José Manuel. “Sobre la Teoría del Bien Jurídico”. Editorial Civitas. p. 101

169 *Contra la pretensión de AMELUNG, reaccionó HA SSEMER al pretender conservar el concepto de bien jurídico. R. CALLIES (seguido por Mir Puig) define los bienes jurídicos como “posibilidades de participación en los sistemas sociales”*

170 GÓMEZ B. J., Manuel. *ibídem.* Pp. 103,104

171 *Ib.* p. 105

disfuncionalidad de conductas relevantes frente a sistema, supone la no valoración de la naturaleza de tal sistema, lo cual implica el abandono “del eje liberal de la teoría del bien jurídico y su procedencia del individuo, básico en un sistema social personalista”¹⁷².

En efecto, la pretensión de esta tendencia se proyecta sobre la teoría de la pena como prevención general dirigida por tanto a la motivación de la colectividad. El perjuicio social se define materialmente como necesidad preventiva general de pena, prescindiendo del bien jurídico efectivamente lesionado, por cuanto el perjuicio social puede establecerse sin la mediación de la lesión del bien jurídico.

Así las cosas, para el funcionalismo sistémico, el bien jurídico debe ser un concepto de contenido social como expresión directa de funcionalidad. El perjuicio social demarca el criterio de criminalización, identificándose con la necesidad preventivo-general de penar. El injusto penal se referirá sólo a peligros para los bienes jurídicos y no a su efectiva lesión¹⁷³.

Lo único prohibido, se afirma, son las acciones y no los resultados. Acciones dirigidas a resultados, no las eficientes al resultado, por consiguiente, si lo prohibido yace en una norma, injusto es el acto contrario al deber y sólo a él. El injusto penal es una contradicción con la norma, de tal manera que su contenido no se radica en un bien jurídico sino en la vigencia de la norma, que es la misma del derecho, la pena, como lesión al delincuente no sólo es justa en sí, sino que es un derecho afirmado en el delincuente. El delito es irracional, la pena restablece lo racional, por lo que la pena, en sí, no es un mal, sino que, en sí misma racional, es definida positivamente. *“La pena indica que el comportamiento contrario a la norma por parte del autor, no marca la pauta, la norma, en cambio, a través de la pena, mantiene su vigencia”*¹⁷⁴.

Como se aprecia, en esta tendencia radical del funcionalismo, el bien jurídico no es que haya sido mediatizado, es que prácticamente ha desaparecido como piedra angular en el delito y en el derecho penal, no así

172 BERDUGO G., Ignacio. Reflexiones sobre la problemática del Bien Jurídico. 6p.

173 GÓMEZ BENÍTEZ, Ob.Cit. 111p

174 *Ibidem* 37p

en los sistemas penales que se enmarcan dentro de un Estado Social, Democrático de Derecho, instituido primordialmente para asegurar a sus integrantes *“la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo”*¹⁷⁵.

No de poca monta es este tópico de la colectivización del bien jurídico, pues ello ha llevado a algunos a concebir que en el “moderno derecho penal” existe una preponderancia de los bienes jurídicos universales, hasta el punto de considerar que los bienes jurídicos individuales no son más que derechos derivados de aquellos, deduciendo entonces una posición funcionalista y estatal en torno del bien jurídico, con prevalencia del interés general sobre el individuo, con lo cual no se introduce un avance como sí un retroceso hasta la misma edad media en la que existía un predominio de los intereses religiosos y estatales que, a partir del Iluminismo, fueron sustituidos por *concepciones personalistas*, según las cuales, como propuestas alternativas, debe existir una necesaria remisión de la materia de protección por el derecho penal a las necesidades individuales, como es la propuesta de HASSEMER¹⁷⁶.

La *concepción personalista del bien jurídico*, de gran importancia dentro de este gran contexto, propugna pues por una política clara, controlable y orientada a la persona, que pretende vincular al derecho penal, a principios tales que justifique y mida sus decisiones en función de amparar intereses humanos dignos de protección, así exista siempre la inda sobre si el Derecho Penal con los instrumentos de los que puede disponer, realmente *está* en condiciones de proteger realmente los bienes jurídicos¹⁷⁷.

No será suficiente afirmar que lo social concreta el bien jurídico, como tampoco que las consideraciones existentes en torno del desvalor del acto y desvalor de resultado definan el bien jurídico, si estas expresiones jurídicas no se entienden como momentos de las relaciones sociales y de la situación de los individuos dentro de ella. “La relación social es pues lo

175 *Preámbulo de la Constitución Política. Ver ALBERTO POVEDA PERDOMO. Ensayo: “El fundamento material del delito”, pp. 12 y ss.*

176 CADAVID QUINTERO, Alfonso. *Ibidem*.

177 MUÑOZ CONDE y HASSEMER. Ob. Cit. pp.108 y 112

propio del ser social en una sociedad democrática, por eso el bien jurídico es un concepto propio a una sociedad democrática y no a otro tipo de organización social en que el comportamiento esté determinado por el Estado. Por eso mismo la relación social expresa siempre una relación dialéctica (dinámica), pues constantemente, por los intereses contrapuestos existentes dentro del desarrollo social, se producirán procesos de tesis, antítesis y síntesis¹⁷⁸.

Se debe entender que el concepto del bien jurídico no es invariable, es mutable conforme evoluciona la sociedad y dentro de ella el individuo en la historia. Así, por ejemplo ha ocurrido con la propiedad privada, que logró ocupar un nivel más importante que la misma vida (matar por defender o por conseguir una propiedad), concepto al que se le otorgó luego una función social, una ubicación sistemática no tan importante al lado de otros derechos, ellos sí fundamentales.

La familia, constituida dentro de la legitimidad exclusiva del matrimonio católico, indisoluble, a la familia de ahora, sometida a evidentes cambios que indudablemente influyen en la criminalización de conductas. El concepto mismo de vida humana, que en sus más elementales expresiones: concepción, nacimiento, muerte, ha sufrido notables cambios en virtud de la fecundación artificial, de los nacimientos por intervención quirúrgica dentro del proceso de gestación, o por la muerte clínica para los efectos de trasplantes de órganos.

Conviene destacar que la reforma del código penal, en cuanto al bien jurídico se refiere, resulta rescatable y bien importante dentro del contexto de su ser y deber ser. No percatarse de ello, especialmente por quienes están llamados a aplicarla, implica hacerla nugatoria y simbólica, sin ninguna significación instrumental, que ciertamente le sirve de complemento.

La simple potenciación de la función simbólica, no pasa de ser una apariencia que como el saludo al pabellón se queda en símbolo como también en la ineficacia, como bien lo señaló TERRADILLOS en su interesante estudio¹⁷⁹. Más aún, su incompreensión o su utilización instrumental

178 BUSTOS R., Juan. Manual de D.P. Ob. Cit. p. 55

179 TERRADILLOS, Ob. Cit. p.11

equivocada, puede conducir a crear o reforzar ideologías que, como fue pergeñado a lo largo del ensayo, desconozcan los marcos constitucionales consagrados para identificar el sistema con reglas de funcionamiento que encubran o distorsionen la naturaleza de las relaciones sociales que se protegen por el derecho penal.

Sin duda alguna, la reforma del código penal pretendió ajustado a la Constitución Política de 1991 que en su artículo primero consagró la República como un Estado Social de Derecho, democrática y fundada en el respeto de la dignidad humana, con lo cual estableció, a mi juicio, una verdadera reforma política. Las instituciones, los principios, valores y derechos consignados en la carta política, marcan el norte del sistema penal colombiano matriculado en la impronta de la antijuridicidad material, como principio de “Lesividad”.

Indiscutiblemente, tratándose de los llamados bienes jurídicos colectivos, dada la sistematización y fundamentación mencionadas, debe quedar muy claro que el código acoge el criterio de los bienes colectivos personalizados.

En la comprensión de la antijuridicidad y el bien jurídico, dada la enorme complejidad del mismo como la concreción y limitación de este espacio, sólo se hará una somera alusión a los diferentes aspectos que suscitan comprensibles controversias, sobre las cuales nuestra jurisprudencia y doctrina han sido singularmente cautelosas para abordarlas a profundidad¹⁸⁰ como en fin, ha sucedido también en el ámbito comparado¹⁸¹.

“El jurista no puede quedarse en la consideración de que la antijuridicidad es el acto típicamente contrario a todo el ordenamiento jurídico; ni tampoco de que lo injusto es la expresión de los desvalores de acto y resultado; ni de que el bien jurídico es el concepto fundamental para determinar lo injusto. Es necesario que vaya más allá de todo esto,

180 Una de las más importantes discusiones al respecto se consiguó en el fallo de la Corte Constitucional sobre la eutanasia y los homicidios piadosos. Los salvamentos de voto son particularmente enriquecedores de la controversia.

181 CUERDA RIEZU, Antonio. *La Colisión de deberes en derecho penal*. Ed. Tecnos. 1984. El tema de la colisión de deberes tardó, no obstante, bastante tiempo en asentarse en la dogmática penal. La mayoría de los tratados de principios de este siglo ni siquiera lo mencionan, o si hablan de ello es de pasada” p. 37.

que es de todas maneras una apreciación formal en la medida que no es global; y por tanto, al juzgar al hombre por su conducta no lo está considerando en su real totalidad social, individual, en su realidad histórica social. Un injusto personal que no descienda hasta esas consideraciones se quedará de todas maneras en lo formal, no podrá aprehender realmente lo injusto ni podrá aplicarnos un sistema penal humano. No podrá apreciar realmente lo injusto cometido de manera de aplicar la pena que corresponda y establecer las medidas de prevención social adecuadas, y al mismo tiempo, no será capaz de presentar una autocrítica del sistema y una superación de él”.

Es bien probable que en la mayoría de los conflictos sociales o interpersonales, que trascienden al derecho penal, tengan su origen en un conflicto de intereses que, por consiguiente enfrente bienes de diferente o igual categoría, uno o varios de los cuales han de resultar sacrificados. Su trascendencia al derecho penal es inevitable y complicada.

Los mayores ejemplos de colisión de intereses con relevancia jurídico-penal, se encuentran en algunas situaciones de exclusión del injusto por causales de justificación tales como la defensa legítima o el estado de necesidad. Piénsese, vg., en la persona que sufre un ataque en su patrimonio económico y cree no encontrar otro medio de defensa diferente a suprimir la vida del agresor. Igualmente en el agente que tiene el deber jurídico de afrontar el peligro o el riesgo (un bombero en caso de incendio), pero que en determinado momento, no obligado al sacrificio ni al heroísmo, cesa su actividad de salvamento, aún sacrificando derechos de otros. ¿Cómo y quién establece ese límite, en el que el cumplimiento del deber ya no le es exigible?

En casos de estado de necesidad (hurtos) o en eventos de aborto de carácter terapéutico o de otro orden, en los que un bien se sacrifica para salvar otro, la selección puede resultar equivocada o cuestionada en muchos aspectos (oportunidad, análisis de la gravedad, criterio para la escogencia del bien que se sacrificará o del que se salvará). Así mismo, en el constante enfrentamiento entre el derecho al honor, la intimidad y el derecho a la información¹⁸², la no reforma en peor, con rango constitucional y el principio de

182 GARCÍA -PABLOS DE MOLINA. *Estudios Penales*. Bosch. P. 373

legalidad, el “*habeas data*” y la seguridad del ámbito financiero, para citar algunos de especial relevancia.

Se afirma en efecto que para que obre cabalmente la causal de justificación que excluya el injusto, el interés sacrificado debe ser el que se presenta como un “mal” (ataque, agresión, peligro inminente no evitable de otra manera, etc.), o debe ser un bien de rango menor al que se salva. El enunciado es fácil pero no su praxis, cuando la calificación de lo “malo” o del “rango menor” resultan especialmente equívocos¹⁸³.

Bien lo dice ZAFFARONI¹⁸⁴ que “el concepto de bien jurídico entendido como relación de disponibilidad” dista de ser pacífico. Es el caso del paciente terminal que ante el criterio de muerte digna, prescinde o ruega porque se prescinda de tratamientos dolorosos, costosos e inútiles, enfrentado al médico consciente del deber que tiene por salvarle la vida de contera, en medio de pareceres divididos de los parientes próximos del paciente que presionan unos por “dejar morir” y otros por extremar los salvamentos, prolongado incluso la agonía de aquel.

La discusión que ya trasciende los terrenos filosóficos y religiosos: sobre si es o no cierto que hay bienes jurídicos *no disponibles*, ni siquiera por quien es titular de los mismos, como la vida, la libertad, o el honor, por ejemplo, debe abordarse con mayor profundidad en los estudios sobre derecho penal.

En el caso de la *no disponibilidad* de la vida, ¿cómo explicar que no sea punible el intento de suicidio o las autolesiones o daños en la propia salud? (alcohólico, drogadicto). Los casos de cirugías estéticas drásticas, no son acaso de disposición de un bien jurídico propio, aún con elevación evidente de los riesgos implicados¹⁸⁵ La objeción que se formula por parte

183 Cabe citar aquí el caso de la transfusión de sangre en una persona que pertenece a los Testigos de Jehová, que por su creencia religiosa está dispuesto a sacrificar su vida por la salvación de su alma, que resultaría condenada si acepta la transfusión. Imagínese que quien se opone sea una persona capaz, enfrentada a un médico que considera tener el deber de salvarle la vida mediante el único medio disponible en el momento, precisamente el de la transfusión. Pero cámbiese el ejemplo, y considérese que quien necesita la transfusión es un menor y quien se opone a ella sea el padre del menor. Qué sucede en uno u otro caso si el médico omite la transfusión y quien la necesita muere?

184 ZAFFARONI, R. E. Ob. Cit. p. 390 y ss.

185 ZAFFARONI, Ob. Cit. p. 391

de quienes sostienen la existencia de bienes jurídicos *no disponibles* en el sentido de que al aceptarse esta fórmula los bienes jurídicos se reducen a uno (la disponibilidad) carece de sentido si se tiene en cuenta que la garantía que rodea el derecho a disfrutar del bien jurídico se apoya en las condiciones externas de libertad, lo cual no implica que los bienes jurídicos se reduzcan a ella como único bien jurídico. Aquí lo importante es resaltar que la disponibilidad alude al derecho del titular y no al derecho de terceros y, además, lo que es muy importante, que no se debe ni puede confundir la “disposición” con la “destrucción”, pues ésta última sí puede ser un límite de la primera ¹⁸⁶.

Como ha quedado implícito en algún párrafo anterior, el problema se agudiza cuando los bienes en conflicto son, aparentemente, de igual jerarquía. Y se dice “aparentemente” si se tiene en cuenta que entre los derechos fundamentales, por ejemplo, no existe jerarquía entre los que se consideran de primer nivel, así que, aunque haya quienes estimen que la vida ocupa un primer lugar, sobre la libertad o la igualdad, por ejemplo, es lo cierto que no ha sido reprochada y sí alabada la conducta de quienes han dado su vida por la libertad, inclusive por la de los demás. ¿Existen diferencias de rango jerárquico entre la salud pública, el orden económico social, el medio ambiente como biodiversidad y la seguridad nacional de algunos Estados, bienes estos afectados, por ejemplo con el narcotráfico? ¿Es admisible que algunos de estos bienes se sacrifiquen por los demás ubicados en el mismo nivel, o aún con otros de distinta (¿mayor?) jerarquía, como la vida humana? ¹⁸⁷.

ROBERT ALEXI, en sus interesantes escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, formula una tesis básica consistente en el entendimiento de los derechos fundamentales como principios o mandatos de optimización que ordenan la realización de su contenido en la mayor forma dadas las posibilidades fácticas y jurídicas. Esta

¹⁸⁶ ZAFFARONI, *Ibidem*.

¹⁸⁷ *Ante el narcotráfico, se ha considerado que el bien jurídico afectado es la salud, personal y colectiva. También, como hecho pluriofensivo, el orden económico social, la moral pública y la administración pública, expuesta a sus alcances corruptores. Ahora no hay duda que se le considera como un hecho global, que afecta la seguridad nacional de algunos países. En consecuencia, para combatirlo, ¿se puede sacrificar vidas humanas, como si la vida se tratara de un bien jurídico de “rango menor”? ¿Se puede acabar un ecosistema (mediante las fumigaciones) considerando el medio ambiente y la biodiversidad de menor rango frente a los bienes jurídicos afectados por el tráfico de estupefacientes?*

comprensión implica que no existen los derechos absolutos, que en la vida social es preciso armonizar las exigencias que se derivan de unos y otros y que las intervenciones del Estado en los mismos, en orden a su inevitable restricción es una secuela de la democracia siempre y cuando se respete el principio de proporcionalidad, íntimamente ligado a la igualdad,¹⁸⁸ mediante una ponderación entre el principio de derecho fundamental afectado y el principio contrario que justifica sus limitaciones.

Formula el autor tres tesis que pueden resumirse así: a)- Los principios como mandatos de optimización pueden ser cumplidos en diferentes grados. Frente a ellos existen las reglas que pueden ser cumplidas o incumplidas. La distinción entre unos y otras es de carácter cualitativo. Toda norma es una regla o un principio. Pueden existir colisiones entre principios. En tal caso, para resolver la colisión, se puede acudir a establecer una relación de precedencia entre los principios relevantes y así determinar una prioridad, que no siempre será la misma, porque va a depender de las condiciones y las circunstancias del caso concreto.¹⁸⁹ b)- Conflictos entre reglas: Se soluciona al introducir cláusulas de excepción o si declara la invalidez de una de ellas. d) Ley de la ponderación. La teoría de los principios implica proporcionalidad y esta tiene significación a través de tres sub-principios, a saber: idoneidad, necesidad y racionalidad.

Existe sí, definitivamente, una pauta para dilucidar los enormes problemas que surgen de la confrontación de intereses jurídicos que, como se ha visto, conduce a una *ponderación de los bienes en conflicto* y ella consiste en el reconocimiento de la dignidad humana, que en gran medida constituye la historia del derecho actual, desde Kant¹⁹⁰, desde la ilustración cuando se afirmó que “no es posible la dignidad del hombre sin poner término a la necesidad”. Es por ello que el legislador, como el juez o la

188 ALEX Y ROBERT. “Tres Escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios”. *Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho*. N° 28. U, Externado de Colombia. p. 47

189 El autor ilustra el tema con el enfrentamiento entre el derecho a la vida del quien debe comparecer a un juicio pero lo aqueja una grave enfermedad y el funcionamiento adecuado del sistema judicial. Si por asistir el acusado expone su vida, este derecho precede al deber del Estado por preservar el sistema y entonces adquiere prioridad. Pero al variar las condiciones también la solución de esta colisión. Que el derecho fundamental tenga prioridad significa que debe aplicarse la consecuencia jurídica prevista por él. *Ibidem* p. 99

190 ZAFFARONI R. *Ob. cit.* P. 196, citando a PROTÁGORAS DE ABDERA (Siglo V a.d. C.) fue el sostenedor de la teoría del “homo mensura”: “el hombre es la medida de todas las cosas”.

jueza o funcionario o funcionaria judicial, contempla al hombre concreto en un terreno de desigualdades que si no se consideran, conducen a una mayor afectación de la a dignidad humana. Por eso ni el legislador ni el juez pueden someter a un mismo tratamiento, por ejemplo, a un menor que a un adulto, a un indígena con un sujeto incorporado a una cultura de diferente civilización. “Igualdad de trato para los iguales y un desigual trato para los desiguales”, es el mejor camino de la equidad. Como lo dijo la Corte Constitucional,¹⁹¹ el concepto de igualdad de la Ley a partir de la generalidad abstracta, se supera por el concepto de la generalidad concreta en el cual se predica la identidad de los iguales y la diferencia entre los desiguales”. Ninguna Ley, ningún sistema, ninguna persona puede legitimar o válidamente convertir a la persona en elemento de sometimiento y desigualdad, mucho menos de miseria y necesidad, con la cual niega también su libertad.

La dignidad constituye no sólo un principio fundante en el derecho, sino también un principio garantista en cuanto limita e impide al Estado y a sus agentes manipular a la persona (ni siquiera en las estadísticas) en detrimento de su condición humana arraigada en su autonomía ética.

No hay hombre digno en la servidumbre, ni en la esclavitud, tampoco en la dependencia. La independencia nacional, es un bien jurídico colectivo, trascendente, referido a la dignidad de los hombres que reunidos en un pueblo conforman el valor de la dignidad de un pueblo¹⁹². El artículo 2º de la C.N. así como impone al Estado y a sus gobernantes defender la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica dentro de un orden justo, le exige también defender la independencia nacional¹⁹³.

191 Sentencia C- 221 de mayo 29 de 1992. M. Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

192 La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional y todos estamos en el deber de engrandecerla y dignificarla, reza el artículo 95 de la C.N. De lo cual se deducen las muchas conductas que atentan con tan preciosa calidad.

193 Sobre antijuridicidad y bien jurídico puede consultarse el ensayo de HERMAN GALÁN CASTELLANOS publicado por la Universidad de Salamanca y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. 2002.

Capítulo V

ERROR DE TIPO Y ERROR DE ILICITUD

5.1. CONOCIMIENTO Y ERROR

El objeto del conocimiento debe concordar con la verdad del objeto. El conocimiento formado sobre un objeto implica entonces la concordancia entre los dos: el pensamiento formado por el sujeto cognoscente (*gnoseológico*) concuerda con el objeto del conocimiento. Desde luego, no es el campo para incursionar en el punto que constituye el núcleo de la filosofía del conocimiento denominada *gnoseología*.

Se entiende por *fenomenología* del conocimiento el proceso (fenómeno) de precisar lo que significa ser objeto del conocimiento, ser sujeto cognoscente, cómo aprehender el objeto. Conocer, en este sentido tiene lugar cuando el sujeto aprehende un objeto, sin que ello implique que se conforma una realidad independiente de todo sujeto. La fenomenología no implica ninguna posición idealista ni realista. Decir que el sujeto aprehende equivale a decir que se representa el objeto.

Ahora bien, frente a la inquietud de si es posible el conocimiento, han existido dos posturas: la del *escepticismo*, conforme con la cual, si el objeto del conocimiento es su verdad, nada es cognoscible, por tanto no es posible el conocimiento y la del *dogmatismo*, según la cual el conocimiento sí es posible, más aún: las cosas se conocen tal como se le presentan al sujeto. Como lo más frecuente es que haya matices en los dos criterios, al moderarse cada uno de ellos, se acercan, pues tanto de un lado como del otro se dirá que el conocimiento sí es posible, pero de manera relativa, no de manera absoluta.

Ahora bien, se señala que el fundamento del conocimiento es la realidad, admitiendo que el sentido de esta expresión no es unívoco, pues se habla de *realidad sensible* (impresiones) y *realidad inteligible* (ideas) con lo cual se llega al campo del *empirismo* o del *racionalismo*.

Se habla también de las formas del conocimiento, que conectadas con lo arriba dicho, se denominan conocimiento *a priori* que corresponde al racionalismo, inteligible en el campo humano de sus acciones, valores o cultura y *a posteriori* propio del experimental o empírico, de las cosas de la naturaleza aprehendidas por los sentidos.¹⁹⁴

El error significa una discordancia entre el conocimiento del sujeto cognoscente y la realidad. La ignorancia es ausencia de conocimiento, precisamente por esto, los filósofos sostienen que no es acertado confundir la ignorancia con el error. La existencia del error, inclusive, supone una relación entre conocimiento y realidad y por consiguiente encierra toda una serie de problemas entre el ser y el no ser, paralelos a la relación entre la verdad y el error. Compleja la situación cuando se habla de varias verdades y, por consiguiente, de la persuasión de los sujetos de estar en relación con una de ellas, mientras otros, respecto del mismo objeto o de la misma realidad podría los puede tildar de equivocados, no obstante la equivocación esté radicada en ellos mismos. No deja de ser interesante que algunos autores prediquen que no habría error con la sola inteligencia y sin la voluntad. Por ello, el principio metafísico del error es la libertad, libertad que es al mismo tiempo el principio metafísico que hace posible la eliminación del error y la obtención de la libertad.

Debe distinguirse, además, entre error y engaño, puesto que el primero se da en la esfera de las proposiciones y los juicios; el engaño sólo se da en la esfera de las percepciones.¹⁹⁵

En relación con la teoría del delito, tanto el error como la ignorancia inciden en el conocimiento, que, como se ha dicho es básico en el juicio reimputación, puesto que la conducta punible sólo le puede ser atribuida a su autor en la medida que de su capacidad de entender y de querer. El defecto del conocimiento, implica entonces que su equivocación puede versar, ora sobre los aspectos objetivos del supuesto de hecho requerido en el tipo penal, o bien sobre su ilicitud, esto es sobre su contradicción con el derecho. De ello se deriva la distinción, no pacífica por sus contenidos, entre *error de tipo* y *error de prohibición*.

¹⁹⁴ Diccionario de Filosofía. Ed. Ariel Filosofía. T. I p. 662.

¹⁹⁵ *Ibíd.* T. II, p. 1049. "Aristóteles expuso: No puede haber engaño en los sentidos. En la sensación no puede haber engaño ni error. En el juicio no puede haber engaño, pero sí error. En la percepción no puede haber error pero sí engaño. Por eso un sujeto puede engañarse en las percepciones y no errar en los juicios y viceversa".

5.2. TEORÍAS DE LA CULPABILIDAD Y EL ERROR

En la evolución metodológica del derecho penal y con la influencia del finalismo, al considerar Welzel que la conducta es final y que por consiguiente conocimiento y voluntad deben obrar en el tipo ya que en él está comprendida la conducta, el dolo dejó de operar en la culpabilidad.

Empero, ante la posición de Frank no sólo en relación con el elemento subjetivo de la antijuridicidad sino también con la culpabilidad, Welzel advierte que si el dolo ya no es parte integrante de la culpabilidad, *sino el objeto de reproche de la culpabilidad*, entonces, el dolo pertenece al tipo de injusto, mientras que la conciencia de antijuridicidad es un aspecto de la reprochabilidad, con lo cual se origina un concepto de culpabilidad que ha dominado desde entonces la doctrina y la jurisprudencia, al menos, así ha sido acogida por el sistema penal colombiano.

De esta manera, con Welzel se dirá el solo sin conocimiento del injusto es un dolo “natural” en el cual pueden incurrir tanto los imputables como los inimputables, lo cual no era imaginable antes, cuando el dolo era exclusivo de la culpabilidad y ésta de los imputables. Esta postura dio lugar a la teoría de la culpabilidad, que se trata en este lugar para ilustrar mejor la teoría del error.

Según esta teoría, existe una separación entre el conocimiento del tipo y el conocimiento de la antijuridicidad, es decir, cada uno tiene una especial forma de “conciencia”. En síntesis, *“el conocimiento del injusto es elemento de la culpabilidad, pero no hace parte del dolo, pues éste, desprovisto de ese conocimiento, se ubica en el tipo”*¹⁹⁶.

En la teoría de la culpabilidad, como se vio en la de dolo, existen dos versiones:

A. Versión estricta de la culpabilidad

El conocimiento o comprensión del injusto debe ser actual, como en la teoría estricta del dolo. El error, opera de esta manera:

196 SALAZAR MARÍN, Mario. Ob. Cit. p. 247.

- a) **Error de tipo:** Si es invencible, excluye el tipo doloso, si es vencible, torna el tipo en culposo si la tipicidad así lo considera. De lo contrario, no genera responsabilidad penal alguna.
- b) **Error de prohibición.** Si es invencible, excluye la culpabilidad, pero si es vencible, se procederá por delito doloso atenuado, con diminuyente punitivo. Si obra sobre causales de justificación, el invencible excluye la culpabilidad, el vencible la atenúa.

B. Versión limitada de la culpabilidad

En cuanto al error de tipo, tampoco existen diferencias con la versión estricta. Invencible, excluye el tipo, vencible, subsiste el tipo culposo. La diferencia radica en cuanto al error recae sobre los presupuestos objetivos (fácticos) de una causal de justificación, pues en tal evento se le da el tratamiento del error de tipo. Es el sistema, engorroso, no coherente que se plasmó en el código penal colombiano¹⁹⁷.

No hay diferencias en el tratamiento del error con la versión estricta: si es de prohibición, invencible, excluye la culpabilidad y si vencible, atenúa el dolo.

5.3. ERROR DE TIPO

Es aquel que se presenta cuando no existe conocimiento o el conocimiento es equivocado respecto de todo lo que significa el aspecto objetivo del tipo, así pues. yerra sobre los presupuestos de la conducta, los requerimientos sobre el sujeto activo o el pasivo (su menor edad por ejemplo) o sobre los elementos normativos, sobre el objeto sobre el que recae la conducta (bien propio o ajeno) o sobre las circunstancias que agravan o atenúan su responsabilidad como también sobre los presupuestos objetivos de las causales que excluyen la responsabilidad¹⁹⁸.

197 *Ibíd. Galimatías metodológico lo llama Salazar Marín., p. 249.*

198 *Supra. Capítulo I - 2.3.6*

Debe sí tratarse de un error relevante, sustancial, para no involucrar los simples errores circunstanciales o accidentales, como ocurre con el error en el golpe (*aberratio in ictus*) o en la persona, objeto de la conducta (*aberratio in personae*) en cuyos casos el dolo con el cual la conducta se inició no está excluido por esta clase de yerros.

En esta circunstancia el error reviste dos modalidades, a saber: error invencible o error vencible.

La posición sistemática del error de tipo, como ya se dijo, es una simple consecuencia del lugar que se asigne al dolo natural pues se entiende que este error es la cara negativa o excluyente del dolo e implica ausencia de dolo. La inclusión del dolo en el tipo, como ocurre en el sistema penal colombiano¹⁹⁹ implica que el error es de tipo y que excluye o transforma el tipo subjetivo.

En efecto si el error es invencible, el dolo esta excluido y por consiguiente el tipo de injusto. Si el error es vencible, implica que el agente incurrió en una trasgresión al deber objetivo de cuidado y, por consiguiente, debe responder por la comisión de un tipo subjetivo imprudente si el catalogo penal prevé como culposa la conducta correspondiente.

El artículo 32 de la Ley 599 de 2000, en su ordinal 10° establece: se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad o, sobre los elementos que posibilitarían un tipo más benigno caso en el cual se respondería por la realización del supuesto de hecho privilegiado.

El error sobre los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad *“no supone entonces, la valoración del hecho típico como antijurídico, sino que exige la ausencia de determinados elementos situacionales (objetivos) que constituyen el tipo de justificación o de exclusión de responsabilidad penal. La cuestión de*

199 Como antes se dijo, la inclusión del dolo en el tipo puede estar fundamentada desde la perspectiva del finalismo, pero también se dijo, que a ello se llega por la aplicación de la teoría de la norma, entendiendo que solo las conductas voluntarias pueden ser objeto de la prohibición y por tanto prevenidas por las normas penales que motivan al ciudadano para que las omita. Si el ciudadano incurre en la infracción de este tipo descriptivo lo hace con dolo o con culpa. pero si se equivoca en ello con error invencible no hay dolo y si el error es vencible hay culpa.

si concurre una causal de esa naturaleza, no es solo de naturaleza jurídica sino que depende también de esos elementos situacionales (como la agresión en la legítima defensa). El hecho antijurídico no solo ha de realizar la situación prevista en el tipo positivo sino también no realizar la situación propia de un tipo de justificación o de exclusión. Esta situación es la integrada por los presupuestos objetivos de esas causales, por consiguiente, el error sobre estos es un error sobre la situación típica de la justificación o exclusión. Terminológicamente lo preciso sería designarlo como error de tipo negativo. Todo ello muestra que desde el punto de vista dogmático es perfectamente posible considerar que el error sobre los presupuestos de una causa de justificación equivale al error de tipo porque es un error sobre elementos de la infracción”²⁰⁰.

5.4. ERROR DE ILICITUD (DE PROHIBICIÓN)

El artículo 32 de la Ley 599 en su ordinal 11° establece: No habrá lugar a responsabilidad cuando “Se obre con error invencible de la ilicitud de su conducta. Si el error fuera vencible la pena se rebajará en la mitad”.

La norma se refiere al convencimiento errado que un sujeto tiene sobre la juridicidad de su conducta, o de su antijuridicidad, esto es si su comportamiento es conforme o es contrario al derecho (*secundum jus o contra jus*)²⁰¹.

En el error de ilicitud, o de prohibición se incurre de manera directa cuando el autor no conoce en cuanto tal la norma prohibitiva referida a la licitud de la acción, lo cual puede suceder cuando ignora la prohibición, cuando cree que la norma prohibitiva no esta vigente o cuando la interpreta equivocadamente reputándola no aplicable.

Si el error es invencible dado el autor concreto, en circunstancias concretas, el dolo sobre la ilicitud queda excluido, entendiendo que ya no es un dolo natural, neutro, sino un dolo “teñido por la antijuridicidad o la ilicitud”. Pero como se trataría de un error invencible ese dolo no subsiste.

²⁰⁰ MIR PUIG S. Revista La Ley. Ob. Cit. p. 2

²⁰¹ Por ejemplo el autor cree que puede destruir productos agrícolas para evitar la baja de posprecios, pues tiene error sobre lo previsto en el artículo 304 del C.P. que tipifica como delito el daño en materia prima, producto agropecuario o industrial. Igual podría ocurrir con el acreedor que retiene bienes del deudor que no están en su poder sino que se apodera de ellos, considerando que así ejerce lícitamente el derecho de retención.

Pero tratándose del error vencible en la ilicitud, el tratamiento es diferente al error de tipo, justamente porque no recae sobre él, es decir, sobre la infracción típica no existe error alguno, por tanto el conocimiento y la voluntad de querer el tipo objetivo subsiste. Este dolo, no está “teñido” por la conciencia de antijuricidad, que opera sobre la ilicitud, por esto es que se reconoce como dolo neutro o incoloro.

Si el error de la ilicitud es vencible, esto es, que la persona tenía la oportunidad en términos razonables de actualizar el conocimiento de lo injusto “ilícito” de su conducta (conciencia de antijuridicidad) y no lo hizo, el dolo de la ilicitud se atempera, atenúa o disminuye, pero no desaparece del todo ni se transforma porque ha permanecido estable el dolo sobre el tipo objetivo. Entonces, el legislador, al acoger el sistema de la culpabilidad estricta, decide que la conducta, no obstante este error, es típica y es antijurídica, pero atenuada por el error vencible que opera y afecta la conciencia de antijuridicidad, que es un componente de la culpabilidad. En ese orden de ideas, el error invencible sobre una circunstancia que atenúe la punibilidad da lugar a la aplicación de la disminución. (artículo 32.12.)

Ahora bien; establece el 32.11 de la Ley 599, que para estimar cumplida la conciencia de antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto *su* conducta.

La Ley ha consagrado, pues un criterio del conocimiento potencial, que es el no actualizado, vale decir un conocimiento que al momento de obrar no existe. Lo lógico será siempre que la culpabilidad se base en el conocimiento, el que exista, de la antijuridicidad. Si se carece de ese conocimiento, por descuido del sujeto, el dolo se tornaría en culpa. Por el descuido. Pero no es el sistema legal colombiano.

5.5. ERROR ACCIDENTAL Y SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS

El error en el golpe (*aberratio in inctus*) o el error en la persona (*aberratio in personae*) no se considera un error esencial, como es la característica del error de tipo o el de ilicitud., por consiguiente no tiene efectos relevantes. En consecuencia, no modifica el elemento subjetivo del tipo con el cual se inició la conducta punible correspondiente.

Realmente, el sujeto activo realiza la conducta que quería ejecutar, por ejemplo, matar, lesionar. La circunstancia de diferir el resultado por error en el objeto o en la persona del que concretamente pretendía el sujeto agente, no implica una bifurcación de la conducta ni del elemento subjetivo, como para considerar que existió homicidio culposo respecto de la persona que no quería matar y delito imperfecto en relación con la víctima ilesa, porque, justamente, la equivocación en el golpe o en la persona son accidentales que no desvirtúan el dolo inicial con el que se procedió²⁰². De lo contrario, implicaría recaer en un análisis basado exclusivamente en el desvalor del resultado, es decir, existe una sola adecuación de la conducta, porque la unidad delictiva no se ha fracturado²⁰³. Diferentes solución, claro está, si se pretendía dar en el blanco en un objeto o en un animal y por error se hiere o mata una persona, situación ésta que permitiría analizar si el error de tipo fue vencible o invencible.

Empero, si en el actor existe una múltiple representación de resultados, nada impide una variada calificación y, por consiguiente aceptar la posibilidad de un concurso delictual. (Como ocurre con el dolo indirecto o el eventual).

202 Se pregunta, “*quid juris*”, si el sujeto pretende la muerte de C, con quien ningún vínculo de parentesco existe, pero por error en el golpe o por confusión de persona, da muerte a X, que es su padre....? Se resuelve como error de tipo (circunstancia de agravación) o por “*aberratio in personae*”. Si, conforme al planteamiento, el error proviene de una confusión accidental, el evento no sale del campo del error accidental.

203 SALAZAR MARÍN, Mario. Ob. Cit. p. 209.

Capítulo VI

CULPABILIDAD

6.1 CONCEPTO

Cuando el sistema penal reconoció, de una parte por el aporte del finalismo a la doctrina penal como también por la importancia de la teoría normativa, que el dolo y la culpa son formas de la conducta y no de la culpabilidad, se consideró que la culpabilidad habría quedado “vacía de contenido”, además, considerando que la culpabilidad “solo es posible en libertad” la ciencia había reconocido su dificultad probatoria, por no decir de constatación imposible, se llegó a la propuesta de prescindir de la culpabilidad y sustituirla por otros conceptos o simplemente reemplazarla por el de responsabilidad penal.

Lo cierto es que no es posible prescindir de un concepto que tiene rango constitucional, tanto que obra, dialécticamente como contrario de la inocencia²⁰⁴. La culpabilidad es un concepto político-jurídico que pone al individuo frente al Estado, para lo cual es indispensable que exista el reconocimiento de su autonomía e inocencia inherentes a su dignidad. No debe olvidarse, que no obstante ofrezca una apariencia aflictiva y restrictiva, representa una garantía, pues constituye un límite al poder estatal que sin ella podría sancionar ante la sola y proscrita responsabilidad objetiva.

Por otra parte, el concepto de la culpabilidad como ha sido introducido a la dogmática penal y delimitado por la teoría jurídica, dada su naturaleza netamente personal e individual, atinente sólo al individuo en cuanto obra, impide que se le pueda colectivizar extendiéndose a su familia o al grupo social al que pertenezca, por credo, raza o posición política.

204 El artículo 29 superior consagra que toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable.

6.2 TEORÍAS SOBRE LA CULPABILIDAD

- A. **Psicológica:** Corresponde al naturalismo causalista que entiende que la parte subjetiva del delito, dolo y culpa son formas de culpabilidad. Así la ley penal colombiana hasta el año 2000.
- B. **Normativa:** Para Frank existen circunstancias dispensadoras que permiten excluir o graduar la culpabilidad por ello incluye como elemento el estado normal de las circunstancias en las cuales el autor actúa. Goldschmidt considera como elemento normativo de la culpabilidad la contravención al deber, la culpabilidad como modalidad de un hecho antijurídico es su posibilidad de reconducirlo a motivación reprochable, pues esta consiste en el no dejarse motivar. Freudthal incluye el principio de exigibilidad y entiende la culpabilidad como desaprobación de que el autor se haya comportado así cuando hubiera podido y debido comportarse en forma diferente.
- C. **Finalista:** El reproche de culpabilidad presupone que el autor se habría podido motivar de acuerdo a la norma. Si el dolo natural pertenece al tipo y en particular a la conducta que es la dirigida causalmente a un fin, no puede a la vez contemplarse en la culpabilidad sino como comprensión de la antijuridicidad que se valora y reprocha en sede de culpabilidad. El dolo y la culpa no pueden ser elementos de la reprochabilidad ya que no se relacionan con la posibilidad de motivarse conforme con la norma sino con el hecho mismo, por eso su ubicación corresponde al elemento subjetivo del tipo. Por ello, los elementos del reproche son la imputabilidad y la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad.
- D. **Sintomática:** La culpabilidad aparece como un defecto psíquico y, por eso el dolo como forma de culpabilidad es falta de sentimiento y la culpa falta en la asociación de representaciones.
- E. **Caracterológica:** La culpabilidad es un defecto de carácter, tiene su raíz en la construcción errónea de un estrato de la personalidad.
- F. **Sustitutiva:** Se basa especialmente en la necesidad de la pena.

- G. Desde los fines de la pena:** Jakobs plantea que la culpabilidad es asunción de una defección en relación a la motivación dominante respecto de un comportamiento antijurídico.
- H. Integradora:** Roxin planteó la culpabilidad de acuerdo con los fines y límites de la pena. *“actúa culpablemente quien dolosa o imprudentemente realiza un injusto jurídico penal pese a que la concreta situación de decisión era dirigible normativamente”*. Pero aunque esté dada la culpabilidad, puede que no sea necesaria la sanción por razones preventivas. *“El legislador sólo hace responsable por un injusto penal por él cometido, cuando, en primer lugar ha actuado culpablemente y, en segundo lugar, existe una necesidad preventiva de sanción penal de ese comportamiento culpable”*²⁰⁵.
- I. Hombre en sociedad:** La culpabilidad es responsabilidad. Para llegar a ella se requiere la comprobación de todo tipo de injusto, de la capacidad de conducta, de la conciencia de antijuridicidad, de la no exigibilidad de otra conducta y, ante todo, descender al individuo concreto para examinar al sujeto de esa actuación. Responsabilidad y exigibilidad son términos indisolublemente unidos porque lo que interesa es la persona responsable frente al sistema y que pueda responder frente a tareas concretas que éste le exige. El sujeto debe tratarse como actor de una relación social concreta en circunstancias concretas.

Torío López formuló esta nueva y sugerente perspectiva de delimitación del concepto de culpabilidad que, justamente gira en torno de este concepto individual del ser humano en sociedad y que reclama la potenciación de las posibilidades y capacidades del autor concreto para que el juicio de culpabilidad adquiriera una connotación personal (profesión, educación, formación, posibilidades económicas, situación familiar, etc.). Con posturas como ésta, se sientan las bases para superar la abstracción del concepto de culpabilidad, superando concepciones estructuradas sobre el principio general “de obrar de otro modo” y sobre presunciones o ficciones relativas a la imputabilidad.

205 Cita de BUSTOS Y HORMAZÁBAL. *Lecciones*, Vol. II p.326.

6.3 LA CULPABILIDAD COMO TEORÍA DEL SUJETO RESPONSABLE

En la actualidad, se sostiene que con la culpabilidad surge un concepto que se distingue del ámbito del injusto y del delito mismo, el cual, desde luego, debe estar demostrado plenamente para que se pueda pasar a efectuar un juicio sobre la culpabilidad del autor por ese injusto típico: el autor no puede responder más allá de su mundo interior que se ha plasmado en el hecho cometido, esto es, sólo de aquello que se le pueda atribuir a título de dolo o culpa y es respecto de ese hecho del cual se le ha de considerar culpable, el autor no puede responder más allá de su mundo interior que se ha plasmado en el hecho cometido, esto es, sólo de aquello que se le pueda atribuir a título de dolo o culpa y es respecto de ese hecho del cual se le hará responsable.

Sin embargo, ya no se puede considerar que la culpabilidad constituya un elemento más del delito, por cuanto no es la conducta delictiva la culpable sino su autor. Así las cosas, elementos constitutivos del delito son la tipicidad y la antijuridicidad. La culpabilidad, como teoría del sujeto responsable se rige por principios diferentes a los que se conjugan en el injusto, tanto que permiten fundamentarla por sí sola²⁰⁶.

La teoría parte de considerar al individuo en sociedad, pero no de forma vaga sino de manera concreta, en el ámbito social concreto en el que se da su comportamiento. De esta manera es como se vincula a otros, en constante interacción, como actor de un papel que le corresponde desempeñar, del que debe tomar conciencia, no es, pues, simplemente un mero sujeto activo de conducta y es por esto que al establecerse la responsabilidad de ese individuo concreto se plantea también el de la sociedad por el papel que le ha asignado, por las oportunidades que le otorgó para desempeñarlo y los controles a los que fue sometido.

206 BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Ed. Trotta. Vol. I. 1997, p. 152.

La libertad del ser humano, que por supuesto existe, sin que por esto pueda afirmarse que se puede ejercer de manera absoluta, no consiste en “*el poder obrar de otra manera*” ni su *determinación* por el bien y menos aún como determinismo causalista dentro de un simple mecanicismo naturalista, sino su conciencia dentro de la relación social y para se precisa encontrar al individuo concreto, responsable de su propia actuación.

De ello depende que una persona pueda responderle a una sociedad por los roles que sistemáticamente le impuso y en esta dimensión qué se le puede exigir y reprochar frente a una situación concreta. La exigibilidad se constituye así en un factor de esa responsabilidad del sujeto culpable. No se reduce entonces al estudio de una cuestión biosíquica sino de una cuestión histórico - social²⁰⁷.

En síntesis, la culpabilidad implica tres aspectos fundamentales: a)- La capacidad de conducta que es más que imputabilidad y que obedece a un criterio de *exigibilidad sistémica*. b)- la conciencia de la antijuridicidad, como *exigibilidad de la conciencia* del injusto, que corresponde al elemento subjetivo de la antijuridicidad en la conceptualización del tipo de injusto o en la teoría de los elementos negativos del tipo. c)- *exigibilidad de la conducta*. Entonces, el sujeto estará en situación de responder como culpable de de su conducta, “*si siendo imputable, era posible exigirle conciencia del injusto y en la situación concreta se le podía exigir actuar de otra forma*”²⁰⁸.

207 BUSTOS y HORMAZÁBAL. *Lecciones de Derecho Penal*, *ibidem* p. 153.

208 *Ibidem*. Vol. I p. 155 y Vol. II p. 336.

El artículo 336 de la Ley 906 de 2004, dispone que para la presentación de la acusación en el escrito del fiscal se debe afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe. En el artículo 371, ib., la fiscalía debe presentar la teoría del caso, lo cual implica su disposición de demostrar la existencia del tipo objetivo, el tipo subjetivo y la culpabilidad de un sujeto concreto por haber obrado en circunstancias concretas.

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

El módulo comprende el estudio y análisis de varios de los elementos que constituyen el delito, desde una doble perspectiva: la puramente teórica y la sistemática que corresponde a la adoptada en la legislación colombiana. Son dos aspectos que interactúan y se retroalimentan.

De una parte, contiene una enunciación de la evolución metodológica del conocimiento a la luz de diversas e importantes teorías que para explicar y entender cada elemento se han venido enunciando en los últimos tiempos. Varias de esas tendencias se plasman en el sistema codificado de la Ley 599 de 2000, más la interpretación, el sentir y la aplicación de lo incorporado al sistema, muchas veces tiene que desarrollarse a través de entendimiento del movimiento teórico que le dio origen o que sustenta el criterio o la tendencia predominante.

Consecuente con lo expuesto, la actividad pedagógica se orienta en el análisis, identificación y aplicación de las teorías como también de la comprensión del discente del sistema legislativo adoptado.

La actividad pedagógica, en consecuencia, provocará un conversatorio con preguntas abiertas, respecto de premisas previamente elaboradas y con base en un caso juzgado, realizar una reflexión sobre el tema específico, que está comprendido en los diferentes capítulos del módulo.

AUTOEVALUACIÓN

1. Cinco integrantes del Comando Central de un movimiento subversivo, impartieron precisas instrucciones a sus subordinados inmediatos para que ejecutaran ataques terroristas a la infraestructura petrolera, con el fin de crear un clima favorable a la política de explotación

- y exportación de hidrocarburos; sin embargo, en el instructivo no se mencionaron operativos concretos.
2. Una de las células ejecutivas compuesta por cuatro integrantes del movimiento, plenamente identificados, planearon y prepararon la voladura de un tramo del oleoducto y para el efecto instalaron los explosivos en forma y cantidad adecuadas para lograr ese propósito (la voladura).
 3. En el sector en donde se encontraba el oleoducto y los explosivos, existía la práctica rudimentaria por parte de habitantes de la región, todos ellos económicamente marginados y sin ninguna preparación técnica de buscar oro en el río que por allí tenía su curso.
 4. Uno de los habitantes que efectuaba dicha práctica, sin conocer la existencia de los explosivos resolvió detonar un pequeño taco de dinamita para provocar efectos en el río que facilitaran su operación minera.
 5. Cuando la explosión se produjo varios de los vecinos se encontraban dentro del río buscando el oro de aluvión.
 6. Esta explosión produjo a su vez la detonación de los explosivos colocados por los subversivos, por lo cual el oleoducto se rompió, el petróleo se mezcló con las aguas del río y al incendiarse produjo muertes y lesiones graves en las personas que en él se encontraban.

Este supuesto de hecho²⁰⁹ será analizado conforme con los siguientes planteamientos:

1. Los cinco miembros del Comando Central, expusieron en sus indagatorias que sus instrucciones nunca incluyeron el caso concretamente ocurrido con los mineros de la región. Es decir, que esto fue obra ejecutada autónomamente por integrantes de ese movimiento, lógicamente subordinados. La defensa técnica de estos

209 Los presupuestos dados no coinciden necesariamente con hechos reales aunque se aproxima a la tragedia de "machuca", caso que fue analizado en casación en providencia de Marzo 7 de 2007, radicación N° 23825.

mandantes expresaron que su responsabilidad no va más allá del delito de rebelión por cuanto que el instructivo producido no se encasilla dentro de las modalidades de la determinación.

2. Los cuatro integrantes de la célula subversiva, que idearon el plan de volar el oleoducto y para el efecto colocaron los explosivos, expusieron en sus indagatorias que sólo pensaban detonarlos cuando recibieran una orden precisa del Comando Central, lo cual ocurriría en una fecha próxima vinculada a un acontecimiento especial. Por tanto que los efectos nocivos de la explosión ocurrieron en razón de la explosión de la dinamita efectuada por uno de los habitantes, que también fue identificado. La defensa argumenta que no se les debe imputar los resultados producidos, estimando que la víctima se auto-puso en peligro al accionar la dinamita muy cerca del oleoducto y que a él a quien se le puede atribuir, por su hecho responsabilidad ante las muertes y lesiones ocurridas.
3. La persona que detonó la dinamita y que sobrevivió a graves quemaduras sufridas en la conflagración, expresó que la práctica de detonar pequeños tacos de dinamita era frecuente y admitida por todos los que exploraban en el río y que no tenía la capacidad de producir resultados graves en la vida de los demás. Que desconocía la carga explosiva colocada en el oleoducto por los subversivos. La defensa argumenta que el riesgo generado con la dinamita que detonó era permitido por el habitante dado la costumbre y su menguada nocividad en seres humanos. Al no conocer de la existencia de los explosivos colocados por la subversión, el hecho fatal debería considerarse como una tragedia propia de un caso fortuito.
4. En la calificación del mérito sumarial, la Fiscalía de la Unidad Nacional de Derechos Humanos acusó a los procesados “como probables coautores determinadores responsables de los delitos de rebelión, terrorismo, homicidio y lesiones personales”.

Ae

Estimando que lo antes dicho constituye la prueba de los hechos y de la intervención de las personas involucradas en ello, proceden los siguientes interrogantes:

1. ¿El episodio que finalmente genera el incendio y con el las afectaciones de bienes jurídicos en la teoría de la conducta punible si constituye un caso fortuito?
2. ¿Cómo podría argumentarse para vincular a los comandantes subversivos con los resultados antijurídicos finalmente producidos?
3. ¿Cabría la posibilidad de la coautoría, o de la determinación, o del autor mediato entre los actores de la tragedia?
4. ¿Si se determina la imputación objetiva para los del comando subversivo, los de la célula subordinada y el minero que accionó la dinamita, cómo operaría respecto de ellos el elemento de la culpabilidad?

J

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional:

C-674 Noviembre 18/98. Responsabilidad Penal por conductas.

C-237 Mayo 20 de 1997. C-356 Mayo 6 de 2003. "Ultima Ratio"

C-420 Mayo 28 de 2002. Antijuricidad

C-370 Mayo 14 de 2002. Derecho Penal culpabilista.

SU-1184 Nov. 13 de 2000. Posición de garante.

C-370 Mayo 14 de 2002. Error de prohibición

Corte Suprema de Justicia:

Casación 12742 Abril 4 de 2003 - Imputación objetiva

Casación 16636 Mayo 20 de 2003 - 22511 Mayo 11 de 2005
Imputación Objetiva

Casación 21241 Nov. 24 de 2004 - Imputación Objetiva

Casación 12655 Sep 16 de 1997 - Tipicidad

Casación 18609 Agosto 8 de 2005 - 20740 Febrero 23 de 2006
- Principio de Lesividad

Casación 25536 Julio 27 de 2006 - Posición de garante.

J

Casación 27264 Junio 3 de 1983 - Autor mediato.

Casación 11682 Julio 11 de 2002 - 21707 Febrero 28 de 2006 - Coautoría Impropia.

Casación 22327 Marzo 9 2006 - Coautoría y complicidad

Casación 15494 febrero 20 de 2003 - 20704 Julio 8 de 2003 - Interviniente

Casación 18983 Diciembre 12 de 2002 - El miedo como causal excluyente de responsabilidad

Casación 21457 Marzo 7 de 2007 - Coacción ajena y miedo insuperable.

Casación 22586 Enero 16 de 2005 - Error invencible

Casación 20400 Abril 6 de 2005 - Autoría

Sentencia segunda instancia 20929 Julio 13 de 2005 - Culpabilidad - Exigibilidad.

Sentencia única instancia 17829 Julio 6 de 2005 - Principio de confianza

Casación 19840 Noviembre 28 de 2005 - Miedo insuperable

Casación 18816. Marzo 16 de 2005 - Dolo

Casación 23699 Febrero 28 de 2006 - Autor, cómplice, determinador.

Sentencia de segunda instancia 19746 Enero 19 de 2006 - Culpa y Principio de confianza.

Única Instancia 18667. Abril 20 de 2006 - Dolo

Segunda Instancia 28326. Octubre 10 de 2007 - Dolo

Casación 23732 Marzo 7 de 2007 - Determinador e interviniente.

Única Instancia 25961. Agosto 22 de 2008 - Delitos Culposos

Casación 23157. Mayo 30 de 2007 - Delitos Culposos

Casación 24557. Octubre 17 de 2007 - Delitos culposos

Casación 23825 - Autoría y participación

B

BIBLIOGRAFÍA

AGUDELO BETANCUR, NÓDIER ET AL. *Lecciones de Derecho Penal*. Parte General. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

BACIGALUPO, ENRIQUE. *Delito y Punibilidad*. Civitas, Madrid, 1983.

----- . *La Responsabilidad Penal de los administradores concursales*. Hamurabbi, Madrid, 1987.

BARBOSA CASTILLO, GERARDO. *Lecciones de Derecho Penal*. Parte General. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO Y ARROYO ZAPATERO, LUIS. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Praxis, México, 1994.

----- Y ----- . Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico. En: *Ensayos Penales*, México, 1994.

----- . *Reflexiones sobre la problemática del Bien Jurídico*. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002.

BUSTOS RAMÍREZ. *Bases críticas de un nuevo Derecho Penal*. Temis, Bogotá, 1982.

----- . *Manual de Derecho Penal*. Parte General. 3 ed. Ariel, Barcelona, 1989.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN J., y LARRAURI, Elena. *La Imputación Objetiva*. Temis, Bogotá, 1989.

B

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN J., y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Vol. I y II. Trotta, Madrid, 2009.

CADAVID QUINTERO, ALFONSO. *Introducción a la Teoría del Delito*. Diké, Santafé de Bogotá, 1998.

CUERDA RIEZU, ANTONIO. *La Colisión de deberes en derecho penal*. Tecnós, Madrid, 1984.

CUESTA AGUADO, PAZ M. *Tipicidad e Imputación Objetiva*. Tirant lo Blanch, Barcelona, 1994.

EL KHOURY, JACOB, ISSA, HENRY Y CHIRINO SÁNCHEZ, ALFREDO. *Metodología de Resolución de Conflictos jurídicos en Materia Penal*. ILANUD, Buenos Aires, 1991.

FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta, Madrid, 1995.

FORERO RAMÍREZ, JUAN CARLOS. *El delito de Omisión en el nuevo Código Penal*. Legis, Bogotá, 2002.

GALÁN CASTELLANOS. *Agente provocador del delito*. En: Revista *Sindéresis* 3, diciembre. Auditoría General de la República. Bogotá, 2000.

----- . *Justicia Penal Militar*. T. X. Bogotá, 2002., p. 574 y ss.

GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL. *Teoría Jurídica del Delito*. Civitas, Madrid, 1984.

GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *El Principio de la Antijuridicidad Material*. 2 ed. Radar, Santafé de Bogotá, 1993.

HARE D., Robert. *La Psicopatía*. Herder, Barcelona, 1974.

B

- HERRERA LUCIO E. *El error en materia penal*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.
- HUERTA T. Susana. *Sobre el contenido de la antijuridicidad*. Tecnós, Madrid, 1982.
- JARAMILLO G. Javier. *La Descentración Biológica del Sujeto*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1987.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS. *Tratado de Derecho Penal*. T. III. Losada, Buenos Aires, 1997.
- LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA. *Introducción a la Imputación Objetiva*. Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá, 1998.
- MANTOVANI, FERNANDO. *El Siglo XIX y las Ciencias Criminales*. Monografías Jurídicas, 61. Temis, Bogotá, 2000.
- MÁRQUEZ CÁRDENAS, ÁLVARO ENRIQUE. *El autor mediano en la doctrina*. En: *Revista El Penalista*. Bogotá, 2001-A.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA. *La Imputación Objetiva del Resultado*. Edersa, Madrid, 1992.
- MARTOS NÚÑEZ, JUAN ANTONIO. *Principios Penales en el Estado Social y Democrático de Derecho*. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá, 1991.
- MIR PUIG, SANTIAGO. *El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en derecho Español*. En: *La Ley* 2675, año XII. Madrid, 6 de febrero de 1991.
- . *Derecho Penal*. Parte General. PPU, Barcelona, 1996.

B

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO Y HASSEMER, WINFRED. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO. *Derecho Penal*. Parte General. Marcial Pons, Madrid, 1989.

PECES BARBA, GREGORIO. *Derecho y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

POLAINO NAVARRETE, MIGUEL. *El Bien Jurídico en el Derecho Penal*. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974.

REYES ALVARADO, YESID. *La Imputación Objetiva*. Temis, Santafé de Bogotá, 1994.

------. *El concepto de imputación objetiva*. En: *Derecho Penal Contemporáneo*. Revista Internacional, octubre-diciembre. Legis, Bogotá, 2002.

ROMERO SOTO, JULIO. *Antropología y Psicopatología Criminales*. Imprenta Nacional, Bogotá, 1971.

ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal*. Parte General. T. I. Civitas, Madrid, 1997.

------. *Autoría y Dominio del hecho en Derecho penal*. Marcial Pons, Madrid, 2000.

RUEDA MARTÍN, MARÍA ÁNGELES. *La teoría de la Imputación Objetiva del Resultado en el Delito Doloso de Acción*. Universidad Externado de Colombia – Bosch, Barcelona, 2002.

SACHER DE KOSTER, MARIANA. *Evolución del tipo subjetivo*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006.

B

SALAZAR MARÍN, MARIO. *Injusto Penal y Error*. Ediciones Jurídica Ibáñez, Bogotá, 2003.

STRATENWERTH, GÜNTER. *Acción y resultados en Derecho Penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 1987.

TAVARES JUÁREZ, ESTEVAM. *Teorías del Delito Variaciones y Tendencias*. Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

VELÁSQUEZ V., Fernando. *Derecho Penal*. Parte General. 4 ed. Conlibros, Bogotá, 2009.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. 6 ed. Ediar, Buenos Aires, 2000.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA. *Libertad Personal y Seguridad Ciudadana*. PP, Madrid, 1993.

Septiembre de 2010

Homenaje a los Magistrados y Magistradas Inmolados en el Holocausto del Palacio de Justicia 1985 – 2010



Ricardo Medina Moyano

Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, 1985

Nació en Bogotá el 14 de marzo de 1930 en el hogar de don Jorge Medina López y doña Beatriz Moyano Rey. Casado con Gladys María Rodríguez, con quien tuvo cuatro hijos. Realizó su educación primaria en el Instituto de la Salle en Villavicencio; su educación secundaria en el Colegio Salesiano Maldonado de Tunja, y los estudios profesionales en la Universidad del Cauca (Popayán), donde se graduó de abogado en 1953.

Se licenció en la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP (1962 – 1963). Se especializó en Derecho Internacional en la Academia de Derecho Internacional de la Haya (1969). Cursó estudios en la Universidad de los Andes. También realizó estudios de Derecho Constitucional en la Academia Colombiana de Jurisprudencia en Bogotá en el año de 1964. Se especializó en Derecho Canónico y en Derecho Penal, en la Pontificia Universidad Javeriana (1959 – 1961).

Cursó estudios en el Instituto de Ciencias Penales de la Universidad Nacional (1955 - 1956). Otra de las especializaciones fue en Casación Civil y Penal, cursadas en el Colegio Mayor del Rosario (1958 – 1959); igualmente adelantó estudios de Derecho Laboral en la Pontificia Universidad Javeriana, en 1957.

A partir de 1955 ocupó, entre otros, los siguientes cargos: juez cuarto penal municipal, juez quinto penal municipal, juez primero penal del circuito de Facatativá, juez tercero penal del circuito de Bogotá, juez cuarto superior de Bogotá, juez décimo superior de Bogotá, fiscal del juzgado quinto Superior de Bogotá (1960 – 1962), magistrado del Tribunal Superior de Bogotá.

Fue profesor de Derecho Constitucional Colombiano y Derecho Penal General en las Universidades Nacional, Externado de Colombia, Gran Colombia y Andes. Fue coautor del código penal tipo para América Latina. Dirigió el Diario Jurídico (1953 – 1973). Fue condecorado con la orden Camilo Torres, en 1977, al cumplir 15 años como profesor de la Universidad Nacional. Al morir en los luctuosos hechos del Palacio de Justicia, se desempeñaba como magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional.



UNIÓN EUROPEA



UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA



MINISTERIO
DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

Teoría del Delito