

REVISIÓN DOGMÁTICA DEL TRATAMIENTO DEL DOLO COMO PARTE DEL TIPO SUBJETIVO: UNA DECONSTRUCCIÓN ARGUMENTATIVA A PARTIR DE LOS ESQUEMAS DEL PENSAMIENTO PENAL Y SU CRÍTICA

Autor: Juan Camilo Páez Jaimes

Director metodológico: Darwin Clavijo Cáceres.

Director Disciplinar: José María Peláez Mejía

Trabajo presentado para optar por el título de Magister en Derecho Penal, Procesal Penal y Ciencias Penales.

Universidad Libre de Cúcuta
Maestría en Derecho Penal, Procesal Penal y Ciencias Penales, I Cohorte.
2020

REVISIÓN DOGMÁTICA DEL TRATAMIENTO DEL DOLO COMO PARTE DEL TIPO SUBJETIVO: UNA DECONSTRUCCIÓN ARGUMENTATIVA A PARTIR DE LOS ESQUEMAS DEL PENSAMIENTO PENAL Y SU CRÍTICA

1. Resumen
2. Introducción
 - 2.1. Metodología
 - 2.2. Esquema de resolución
 - 2.3. Precisión conceptual inicial.
3. Deconstrucción discursiva del dolo: historia de una sinestesia dogmática.
 - 3.1. El esquema clásico
 - 3.1.1. Fundamentos dogmáticos del esquema
 - 3.1.2. El discurso sobre el dolo: ubicación y contenido
 - 3.1.3. Crítica
 - 3.2. El esquema neoclásico
 - 3.2.1. Fundamentos dogmáticos del esquema
 - 3.2.2. El discurso sobre el dolo: ubicación y contenido
 - 3.2.3. Crítica
 - 3.3. El esquema finalista
 - 3.3.1. Fundamentos dogmáticos del esquema
 - 3.3.2. El discurso sobre el dolo: ubicación y contenido
 - 3.3.3. Crítica
 - 3.4. El esquema funcionalista
 - 3.4.1. Fundamentos dogmáticos del esquema
 - 3.4.2. El discurso del dolo: ubicación y contenido
 - 3.4.3. Crítica
 - 3.5. Algunas variables adicionales.
4. Deconstrucción discursiva de la culpabilidad: La normativización del sujeto.
 - 4.1. El esquema clásico
 - 4.1.1. El discurso sobre el concepto de culpabilidad y sus elementos.
 - 4.1.2. Crítica
 - 4.2. El esquema neoclásico
 - 4.2.1. El discurso sobre el concepto de culpabilidad y sus elementos
 - 4.2.2. Crítica
 - 4.3. El esquema finalista.
 - 4.3.1. El discurso sobre el concepto de culpabilidad y sus elementos
 - 4.3.2. Crítica
 - 4.4. El esquema funcionalista
 - 4.4.1. El discurso sobre el concepto de culpabilidad y sus elementos
 - 4.4.2. Crítica
 - 4.5. Algunas variables adicionales

5. Toma de postura: no existe un discurso dogmático actual que soporte coherentemente la inclusión del dolo en el tipo subjetivo.
 - 5.1. El dolo se ha objetivado como una forma de solucionar los problemas de causalidad ciega.
 - 5.2. Demostración de la insuficiencia argumentativa para la justificación del estudio del dolo en el tipo subjetivo: una revisión a la dogmática tradicional.
 - 5.3. La aporía de los errores en los presupuestos objetivos de las ausencias de responsabilidad.
 - 5.4. El fundamento de una propuesta.
6. Conclusiones
7. Bibliografía.

REVISIÓN DOGMÁTICA DEL TRATAMIENTO DEL DOLO COMO PARTE DEL TIPO SUBJETIVO: UNA DECONSTRUCCIÓN ARGUMENTATIVA A PARTIR DE LOS ESQUEMAS DEL PENSAMIENTO PENAL Y SU CRÍTICA

1. Resumen

Bajo la presente investigación se pretende realizar una revisión del discurso dogmático que ha configurado el actual tratamiento del dolo en la doctrina mayoritaria, esto es, como parte del tipo subjetivo en el injusto penal. Se realiza una deconstrucción de cada uno de los esquemas del pensamiento penal a fin de demostrar cuál ha sido su evolución a lo largo de la historia dogmática del delito, lo que permite evidenciar qué ha justificado las diferentes variaciones presentadas en esta categoría dogmática, y qué consideraciones han conllevado a su actual estudio como parte subjetiva de la tipicidad. Se concluye que no existen argumentos actuales que de forma categórica permitan justificar el tratamiento del dolo como parte del tipo penal, planteando por último una aproximación a una figura jurídica de imputación subjetiva que permita la solución del problema.

Palabras clave: Dolo, deconstrucción argumentativa, injusto, culpabilidad.

2. Introducción

El concepto “*derecho penal*”, como la gran mayoría de expresiones utilizadas en el ámbito jurídico, posee una gran variedad de significados; a pesar de las discusiones, se ha podido llegar a establecer que le pueden corresponder los siguientes: (i) un conjunto de normas de orden público encargadas de asignar una consecuencia jurídica, consistente en una pena, a una serie de conductas desaprobadas que atentan contra un bien jurídico-penalmente tutelado, (ii) el derecho a castigar (derecho penal en sentido subjetivo) que tiene el estado, a través de su facultad punitiva, a aquellas conductas que considere lesivas de bienes jurídicos; o (iii) la ciencia que se encarga de agrupar y sistematizar los conceptos mínimos que le dan coherencia al delito (Roxin, 1997).

Esta última labor, relacionada con la formulación de la *teoría del delito*, tiene una función particular: sistematizar los conceptos para brindar soluciones lógicas a un conjunto de casos determinados, es decir, brindar coherencia interna y externa a las categorías que componen la teoría del delito (Schünemann, 2008). Básicamente busca solucionar y perfeccionar la respuesta a la pregunta ¿qué es un delito? O mejor ¿qué elementos deben configurarse para que pueda predicarse la existencia de un delito?

La búsqueda de una teoría del delito coherente, es decir, cuyas categorías dogmáticas guarden una configuración racional frente a lo que *debe ser* la estructura del punible, ha sido la preocupación principal durante el último siglo de las escuelas alemanas del pensamiento

penal; a este fenómeno, el profesor Roxin lo ha denominado “el pensamiento sistemático del derecho penal” (Roxin, 1997); este método de análisis del delito y de proposición de teorías tiene grandes ventajas para el desarrollo social y humano en la aplicación de las consecuencias penales, dentro de ellas, facilita el examen de los casos, propende por una aplicación uniforme y diferenciada del Derecho Penal, simplifica la manejabilidad del gran espectro de variables que tiene el delito y funge como su propia guía para dar continuidad a la elaboración y construcción del Derecho.

Una de las categorías dogmáticas que más ha sido discutida en esta construcción de la teoría del delito es el *dolo* (Zaffaroni, 2000). Desde los esquemas del pensamiento penal clásicos, neoclásicos, finalistas y funcionalistas, se ha tratado de brindarle un contenido, interpretación, ubicación y alcance diferente en el delito. Sus diferentes concepciones, como se observará en el desarrollo del presente trabajo, han tenido variadas fundamentaciones de orden lógico, político-criminal, filosófico e incluso, consecuencialista (Castro Ospina, 2011).

Sin embargo, al realizar una detenida revisión del desarrollo histórico dogmático, puede observarse que las principales razones discursivas que suscitaron el traslado del dolo como una forma de la culpabilidad, al estudio del injusto, no son hoy aceptadas del todo; sin embargo, se sigue analizando en este escenario debido a la posibilidad de solucionar ciertos problemas específicos que suscita el análisis dogmático y estratificado del delito.

Si se entiende, como en efecto ocurre, que la teoría de la acción final justificó el cambio del dolo a la tipicidad bajo la finalidad de encontrar una solución a los juicios de atribución causal ciega que se permitían en los esquemas clásicos y neoclásicos, debería aceptarse que esta labor ya está cumplida con la llegada de la teoría de la imputación objetiva, y por lo tanto, el dolo nada tendría que hacer en el injusto por haber perdido su función; sin embargo, aún permanece allí ¿por qué? ¿qué explicación actual tiene la teoría del delito para justificar este tratamiento ante el dolo? ¿qué ha impedido volver al tratamiento que se le daba anteriormente como una forma de graduar la culpabilidad? ¿acaso el dolo está destinado a ser un elemento inmóvil en el futuro de la dogmática penal?

Con base en esta situación, la presente investigación pretende solucionar el siguiente problema jurídico ¿Cuál es la justificación discursiva para el tratamiento del dolo como parte del injusto en la teoría del delito actual?

Como hipótesis de trabajo se manejó la siguiente: la justificación que motivó el inicial cambio dogmático consistente en estudiar el dolo como parte del injusto, fue revaluada y superada con la llegada de la imputación objetiva; sin embargo, la doctrina se ha encargado de crear argumentos diferentes que perpetúan su estudio como parte de esta categoría dogmática a partir de razonamientos hipotéticos que no brindan una respuesta satisfactoria,

y permiten concluir que *no existen* razones suficientes para permanecer bajo este estadio doctrinal.

Por otro lado, previo a enunciar el método de resolución y exposición que se llevará a cabo, es necesario señalar que la presente investigación encuentra su justificación en diferentes órbitas, que en el presente caso se analizarán de forma individual.

Así, en primer lugar, se pretende alcanzar un impacto doctrinal, o más precisamente dogmático, puesto que pretende contribuir a la creación de una teoría del delito bipartita, que no dependa directamente de la utilización de un estado legislativo particular, sino que se fundamente en principios universales (Nino, 1989), lo que la hace predicable en todo momento y lugar, no por un mandato legal, sino por alcanzar unos estándares constitucionales comunes a un estado social y democrático de derecho.

En segundo lugar, si bien es cierto que la presente investigación no se fundamenta en la estructura actual del Código Penal colombiano, también lo es que pretende demostrar algunas incongruencias que el mismo tiene actualmente frente a algunos presupuestos dogmáticos, por lo que con ello se apunta a cumplir con la finalidad investigativa de *lege data y lege ferenda* (Clavijo Caceres, Guerra Moreno, & Yañez Meza, 2014). Proponiendo al finalizar las conclusiones, algunas críticas al *entendimiento* de la configuración legislativa colombiana.

En tercer lugar, es necesario manifestar que a pesar de que la investigación no sea una derivación directa de la Ley penal aplicable en Colombia, toma parte de su fundamentación en principios constitucionales aplicables en Colombia (Bernal Pulido, 2005). Por lo que sus consideraciones podrán ser puestas a discusión en el escenario normativo colombiano, dejando de ser así, una simple propuesta teórica sin efectos alcanzables en nuestro estado, para convertirse en una verdadera propuesta para el programa metodológico penal colombiano.

2.1. Metodología.

Según la *guía para la elaboración de proyectos de investigación* de la Universidad Libre, y el libro *método, metodología y técnicas de la investigación aplicadas al derecho* (Clavijo Caceres, Guerra Moreno, & Yañez Meza, 2014), existen cuatro tipologías de investigación: exploratorias, descriptivas, correlacionales y explicativas. La investigación postulada en el presente caso es, principalmente, de tipo correlacional (Hernandez Sampieri, 2006), toda vez que se asociarán variables de la dogmática jurídica con la finalidad de entender la relación que tienen entre sí, y la forma en la que se pueden mostrar como congruentes o no.

Por otro lado, el enfoque de la presente investigación es jurídico (Vanegas Torres, 2011), toda vez que se abordan las esferas del derecho en diferentes órbitas, tanto los ordenamientos jurídicos nacionales y foráneos como las fuentes auxiliares, principalmente la doctrina jurídica, que en el derecho penal, constituye precisamente, en la mayoría de las ocasiones, la fuente del derecho positivo. A su vez, se comparte un enfoque *cualitativo*, debido a que se pretende lograr el análisis de una realidad jurídica, imposible de cuantificar o medir, pero posible de caracterizar, interpretar, discutir, criticar y modificar.

Así mismo, esta investigación, de forma general, se basa en la unión de dos métodos investigativos particulares; el primero de ellos, de carácter analítico, es el método arqueológico del discurso de Foucault, que se empleará a fin de identificar la genealogía de las instituciones dogmáticas existentes en nuestros días y que determinan la concepción contemporánea del dolo como parte de la tipicidad del delito; con este método, desarrollado principalmente por el filósofo de *Poitiers* en la obra arqueología del saber (Foucault, 2002), se pretende rastrear el origen de las concepciones que actualmente se manejan en los esquemas del delito contemporáneos, lo que permitirá conocer la génesis de las diferentes categorías dogmáticas que se convierten en las variables de la presente investigación: dolo y culpabilidad.

Se hace la claridad que el estudio se hará a través de los pensamientos esquemáticos debido a la gran cantidad de variables individuales y sutiles modificaciones que ha tenido la teoría del delito en el origen alemán. Por esto, a efectos de racionalizar la investigación, sin dejar de lado su profundidad, se escogió el rastreo a través de las postulaciones esquemáticas tradicionales

El segundo método que se utiliza, en el presente caso bajo su carácter hermenéutico, es la deconstrucción del filósofo de la Argelia francesa, Jacques (Derrida, De la gramatología, 1968); con este se pretende deconstruir los discursos que han fijado los conceptos dogmáticos que sirven de variables en el presente caso. Si bien es cierto, aún no hay un acuerdo unánime sobre lo que el término *deconstrucción* significa en la obra de Derrida (Torregroza, 2004), y también lo es que por sí sola, la deconstrucción no se plantea como un método propio para la proposición de conclusiones, no deja de observarse una gran utilidad para la presente investigación, en cuanto hace referencia exclusiva al *desmontaje*¹ (Heidegger, 2003) de los textos que han planteado las categorías dogmáticas que pretenden estudiarse.

Así, para la elaboración de los puntos 3 y 4, la arqueología funcionará como método de encuentro de la génesis de cada uno de los planteamientos y la deconstrucción fungirá como criterio hermenéutico de los postulados que constituyen cada uno de los discursos

¹ El término termina siendo una figura proveniente de la *Destruction* de Heidegger, que fue influencia directa del pensamiento de Derrida.

construidos con base en los tópicos a tratar.

Si bien es cierto, las propuestas filosóficas elaboradas por Foucault y Derridá son excluyentes en gran parte de su programa filosófico (Campillo, 1995), los métodos aquí utilizados, no corren la misma suerte, toda vez que se emplean para momentos y menesteres diferentes, y no llevan implícita una lectura teleológica que contamine su elaboración.

Y por último, este análisis hermético y correlacional permitirá tomar postura a través de la crítica realizada a la construcción de estos discursos que, lógicamente, no podría realizarse sin su previa identificación.

2.2. Esquema de resolución.

Para resolver el problema jurídico planteado se realizará una deconstrucción discursiva del dolo en la que se abordarán los fundamentos dogmáticos de los diferentes esquemas del delito, posteriormente se indicará el tratamiento que cada uno brindaba al dolo, particularmente en su concepto, ubicación y alcance, se explicarán frente a cada uno de ellos las críticas que se les ha realizado; acto seguido se realizará una operación similar con la categoría dogmática de la culpabilidad, para así llegar a la toma de postura, que mediante un análisis crítico permitirá arribar a la confirmación o negación de la hipótesis de trabajo.

2.3. Precisión conceptual inicial.

Por último, a modo de precisión conceptual inicial, será necesario manifestar que la presente investigación parte de acoger íntegramente los postulados expuestos por el profesor José María Peláez, producto de su tesis doctoral (Pelaez Mejia, 2019); la cual se considera como parte de una visión novedosa, que logró demostrar una premisa fundamental: la justificación es una permisión, una autorización, y esta naturaleza permite que sus elementos sean estudiados en la imputación objetiva, como parte de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Esto quiere decir que logró darle un alcance incluso mayor a la tesis propuesta y desarrollada por el profesor Roxin (Problemas básicos del derecho penal, 1976).

Básicamente, para efectos de esta investigación, se comparten íntegramente los postulados adoptados en cuanto al tipo objetivo, señalando que no hay forma coherente de entender la imputación objetiva, si no se piensa que las causales de justificación y la ausencia de lesividad deben ser criterios negativos de esta, sin adoptar por esto la teoría de los elementos negativos del tipo, que tantas críticas e incluso burlas ha suscitado en el pensamiento penal moderno (Muñoz Conde, 2018).

Esto implica afirmar que se parte de sus postulados fundamentales en cuanto al tipo objetivo, así como las modificaciones estructurales al esquema del delito, siendo la más evidente, eliminar la antijuridicidad como categoría dogmática autónoma e intermedia entre la tipicidad y la culpabilidad, y algunas consecuentes, como la inexistencia de la *conducta* como categoría *previa* a la tipicidad.

Sin embargo, no se comparten las postulaciones dogmáticas que pueden encontrarse en la propuesta de su esquema frente a la tipicidad subjetiva y a la culpabilidad, por varias razones. La primera de ellas, es que este no fue el eje principal de estudio del profesor Peláez, limitándose en su momento a la incongruencia presentada entre las categorías dogmáticas de antijuridicidad y tipicidad objetiva; y la segunda, es que, como se demostrará, a pesar de que su sistema soluciona el problema del error en los presupuestos objetivos en las causales de justificación a nivel lógico-dogmático (se vuelve un error de tipo coherente), no lo hace frente al error en los presupuestos objetivos de las causales de exculpación, y por demás, la solución planteada frente a las justificaciones putativas, conllevan consecuencias que políticamente no se comparten el presente estudio, tal como se abordará en la respectiva toma de postura.

3. Deconstrucción discursiva del dolo: historia de una sinestesia dogmática

A lo largo del presente capítulo, se descomponen los fundamentos que han construido el discurso del dolo desde su inicio en los esquemas clásicos del delito hasta la actualidad; se pretende demostrar los alcances que tienen las diferentes posiciones dogmáticas así como las críticas que se les han realizado a cada una de ellas.

Antes de dar inicio al desarrollo metodológico adoptado en la presente investigación es necesario precisar que el dolo, en su naturaleza, contenido y alcance ha sido una figura de alta tensión dogmática (Fakhouri Gomez, 2012), llegando al punto en que no hay un acuerdo total en la doctrina frente a su naturaleza, alcance y contenido; por supuesto, esto no quiere decir que no se configuren posiciones mayoritarias y minoritarias como se verá, que configuran un discurso mínimo y racional, sin embargo, es necesario resaltar el punto: no hay posiciones absolutas.

Esto mismo hace que la labor de realizar un recorrido total de las diferentes consideraciones frente a la naturaleza del dolo, su contenido y ubicación, conlleve un trabajo de investigación aparte del presente; por lo que se abordarán las principales posiciones dogmáticas que frente a los temarios señalados se hayan presentado; y estas se han agrupado en los diferentes esquemas del delito propuestos desde el clásico. A su vez, al existir variables dogmáticas que no encajan *per sé* en la pureza de dichos esquemas, se ha precisado de un espacio independiente en el que puedan referenciarse de forma individual.

Por último, el término *sinestesia* (Rios Lago & Peña Melian, 2015) es utilizado a nivel neurológico para describir un “fenómeno de carácter (...) no patológico que aparece cuando la estimulación de una vía sensorial o cognitiva produce una experiencia asociada en una segunda vía que no ha sido estimulada directamente”; esto lleva a que, bajo alguna de sus múltiples modalidades, los sentidos se *confundan*, generando así la percepción olfativa de los colores, la audición de los olores, la visión de los sonidos, entre otros fenómenos.

Lo anterior se utilizará alegóricamente en el presente caso, para describir lo que se considera una confusión de fenómenos dogmáticos entre lo subjetivo y lo objetivo. En particular, el recorrido llevará a pensar que se ha *objetivado* lo subjetivo, pretendiendo que sea percibido por un *sentido* dogmático que no corresponde naturalmente a su objeto, aspecto que será abordado con mayor amplitud y claridad al terminar el capítulo.

Para dar un desarrollo coherente y ordenado al presente capítulo se analizarán los esquemas clásicos, neoclásico, finalista y funcionalista frente a tres puntos: los fundamentos dogmáticos de cada esquema, el discurso que se manejaba frente al dolo, en particular explicando su ubicación y contenido, así como, la enunciación de las principales críticas que ha propiciado cada posición sistemática.

3.1. El esquema clásico.

3.1.1. *Fundamentos dogmáticos del esquema.*

Para comprender la naturaleza, ubicación y alcance que tiene el dolo en el sistema clásico del pensamiento penal, es necesario precisar e identificar cómo surgió y cuáles fueron los pilares dogmáticos sobre los que se erigió. Al respecto, es necesario señalar que esta modalidad de pensamiento surge en inicio temprano del siglo XX, es decir, llega cargado de la necesidad sistematizadora que impulsaron las escuelas positivistas del derecho.

En particular, surge como una especie de eco a la discusión doctrinal sostenida por los juristas del derecho privado, Adolf Merkel y Rudolf Von Ihering (discípulo y maestro respectivamente). Particularmente, el profesor Merkel sostenía que solo podría considerarse como ilícito aquella acción que fuera impulsada por un hombre *motivable* por el ordenamiento jurídico, por lo cual, no cabría – por innecesaria y redundante – la distinción entre ilícito y culpable, toda vez que terminarían siendo lo mismo.

Por el contrario, su maestro, el profesor Ihering consideraría en el año 1867 (Ihering, 2013)² que los hechos son en efecto lícitos o ilícitos, en sí mismos, sin la necesidad de que

² Para la presente investigación solo pudo tenerse acceso a la obra traducida por el profesor Dalbora, que fue editada en 2013.

concurran necesariamente los presupuestos subjetivos de quien los realiza, es decir, la ilicitud de la conducta no dependería de las cualidades del autor o sus creencias; por lo que se crearía un concepto de ilicitud no relacionado con la moralidad del sujeto, surgiendo así la diferenciación entre injusto y culpabilidad.

Esta tesis, como se anunció, tendría su repercusión en el pensamiento penal de Liszt y Beling, quienes iniciarían la creación de dos categorías dogmáticas principales: la antijuridicidad y la culpabilidad, surgiendo así el primer momento de la teoría del delito moderna, empleándose entonces el análisis estratificado y dogmático que hoy se estudia para el análisis de la conducta punible (Orellana Wiarco, 2014). En esta, se cumpliría una premisa simple: todo lo objetivo del delito sería parte del análisis de la antijuridicidad, y todo lo subjetivo se analizaría en la culpabilidad, esto, porque lo objetivo hace parte de la valoración que puede hacerse a nivel normativo, mientras que *lo subjetivo* consistiría en una relación psicológica del *sujeto* con el acto, aspecto que en principio, para los clásicos, no podría normativizarse.

Posteriormente, en 1906 llegaría la incorporación de la *tipicidad* como categoría dogmática autónoma en la estructura del esquema (Beling , 2002), esto tomando como base los postulados de Feuerbach, y haciendo alusión a que es la acción, su nexa y el resultado lo que llenaría el contenido *objetivo* de esta categoría, reservándose el espacio para las valoraciones (normativas), en la antijuridicidad, donde básicamente se analizaba la existencia o no de condiciones que permitieran inferir la licitud del comportamiento, como sería la legítima defensa, a modo de ejemplo, que no sería llamada “ausencia de responsabilidad” o “justificante”, como ocurriría posteriormente, sino que se le definiría con un nombre un tanto más llano: condición de exclusión de la ilicitud.

Esto básicamente podría indicar que una conducta típica podría no ser ilícita, y además una conducta ilícita, es decir, injusta, podría no ser culpable por, como se verá, carecer de un nexa psicológico entre el autor y el resultado mismo producido por este. Todo esto debido, en parte, al concepto natural de la *acción*, que sería suficiente para considerar como realizado el tipo, a todo resultado típico que se produzca en el que haya mediado la dominabilidad muscular del sujeto. Esto quiere decir, que la acción en este esquema del pensamiento penal no necesita estar dotada de una intencionalidad particular, sino que se observa como suficiente, la existencia de una coordinación muscular mínima para inferir que el movimiento (o la relajación muscular que causa la omisión)³ que hace parte del nexa causal con el resultado fue dominante.

Esto se puede observar mejor explicado por el mismo Beling, al señalar que:

³ Posteriormente se verán las múltiples críticas que se han aportado a estas consideraciones.

[P]ara un individuo, la punibilidad surge siempre solamente de sus propias acciones. Debe entenderse por acción un comportamiento corporal (fase externa, objetiva de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular, voluntariedad), (fase interna, subjetiva de la acción); ello es, un comportamiento corporal voluntario, consistente ya en un “hacer” (acción positiva), ello es, un movimiento corporal, p. ej. levantar la mano, movimientos para hablar, etc., ya en un “no hacer” (omisión), ello es, distensión de músculos (Beling , 2002).

Por otro lado, resulta pertinente señalar que la concepción clásica del esquema del pensamiento penal no estuvo totalmente alejada de las consideraciones político-criminales, por el contrario, el profesor Liszt (1914) en el primer tomo de su obra, hace una distinción, eso sí, dicotómica, entre la política criminal y el derecho penal; sin embargo, estas dos nociones solo terminarían uniéndose en la construcción de un esquema del delito con la llegada del profesor Roxin (Culpabilidad y prevención en derecho penal, 1981) (Roxin, Problemas básicos del derecho penal, 1976) (Política criminal y sistema de derecho penal, 2002)

A su vez, el profesor Liszt define el delito como “el *hecho* al que el ordenamiento jurídico asigna una consecuencia” (Liszt, 1914), teniendo como principales características las de: i) tratarse de un acto humano, negando la ocurrencia de acontecimientos fortuitos y ajenos a la voluntad del hombre, como delito, ii) ser un acto contrario a derecho, explicando que si bien un acto puede contravenir formalmente un mandato o prohibición, esto *persé* no implica la lesión o puesta en peligro a un bien jurídico, por lo que esta “contrariedad a derecho” estará definida en todo momento al bien jurídico tutelado y iii) debe ser un acto culpable, es decir, debe ser un acto **doloso** o **culposo** de un individuo responsable. Desde este momento se empieza a dilucidar el alcance y ubicación del dolo en el esquema clásico.

En este esquema empieza a tratarse el concepto de exclusión de culpabilidad y de legalidad, a saber: la culpabilidad del sujeto se excluía, por ejemplo, por falta de imputabilidad, y la ilegalidad del acto se excluía por la configuración de una legítima defensa, justificante. Esto implica la denominación de un lenguaje diferente, al menos para la teoría de las normas en el derecho penal, sobre lo que estaría o no permitido.

3.1.2. El discurso sobre el dolo: ubicación y contenido.

En el presente caso surge algo particular con el esquema de exposición que precisa ser clarificado: debido a que los esquemas clásicos y neoclásicos estudian el dolo como un componente de la culpabilidad, el análisis de este subcapítulo podría ser redundante con el realizado más adelante frente al contenido y elementos de la culpabilidad en cada uno de los esquemas del pensamiento penal; por esta razón, se tratará de partir de una premisa que

aborde brevemente la naturaleza de la culpabilidad en cada uno de ellos, sin ahondar en su contenido y alcance, intentando explicar de la forma más completa el desarrollo que tenía el *dolo* en su interior, dejando la naturaleza y elementos de la culpabilidad para el escenario de estudio que fue asignado.

Debido a la separación de lo *objetivo* y lo *subjetivo*, así como al entendimiento de la culpabilidad como un vínculo **sicológico** del autor con el hecho, el sistema clásico entendió el dolo como una *forma* de aparición de la culpabilidad; esto es, casi como una intensidad de culpabilidad. En particular se pensaba que el dolo consistía en una relación clara, evidente y directa – la mayoría de las veces - del sujeto con el resultado antijurídico producido, mientras que la culpa se mostraba como una relación entre ambos puntos, si bien existente, imperfecta.

Dentro de este sistema, el dolo contenía varios elementos: la voluntad de actuar, el conocimiento de los hechos, así como su representación y la consciencia de la antijuridicidad, elemento último que ha otorgado el tradicional nombre a esta forma de dolo como “*dollus malus*”. Así el dolo sería “la representación del resultado antijurídico que acompaña la manifestación de la voluntad” (Liszt, 1914), y esta representación precisamente era la que hacía variar las intensidades del dolo: directo y eventual, representándose en el primero un resultado seguro y con ningún margen de dubitación en el autor (como lo sería disparar a una persona en la sien), y en el segundo, se representa un resultado como probable.

Debe aclararse en este punto que la exigencia de la conciencia de antijuridicidad, no hace referencia en este esquema del delito, al conocimiento exacto de la proscripción penal de la conducta realizada, en otras palabras, el sujeto no necesita conocer con exactitud que está cometiendo una conducta prohibida por el ordenamiento jurídico penal, incluso, en el esquema de Liszt, el sujeto no necesita conocer que su conducta se encuentra prohibida por una norma de derecho, puesto que el concepto de antijuridicidad se utiliza en un sentido sumamente lato, permitiendo que ingresen prohibiciones de carácter moral, e incluso social, siempre y cuando sean entendidas por el sujeto.

Un ejemplo resultaba claro para los juristas alemanes: el sujeto que está cometiendo hurto no necesita conocer las reglas jurídicas sobre el patrimonio, sino solamente comprender, a nivel social, que con su actuar está generando un menoscabo en el bienestar económico de la víctima (Sanchez Herrera, 2007).

Sin embargo, surgía una excepción a esta regla: el conocimiento de la ley positiva le era exigible al sujeto en la culpabilidad cuando era la ley la que establecía la ilegalidad del acto. ¿qué quiere decir esto? Pues, que si el sujeto desconocía, uno de los elementos establecidos en la ley, que hacían parte de la ilegalidad del actuar, se le reconocía la inculpabilidad por faltarle esa conexión psicológica frente a la ilicitud. ¿Qué casos lo constituían? Todos aquellos que hoy conocemos como elementos normativos del tipo, es

decir, aquellos elementos de carácter jurídico que se encuentran descritos en la norma de mandato penal; un ejemplo de ello podría ser el mismo del hurto, quien no conozca el concepto jurídico de lo “ajeno”, estaría entonces incurriendo en el yerro anteriormente descrito. Esta confusión entre elementos normativos del tipo y el conocimiento de la antijuridicidad no ha resultado del todo resuelta hasta estos días (Díaz y García Conlledo, 2008).

Así en resumen, para el profesor Liszt, el conocimiento de la representación del hecho, como un acontecimiento de la vida sensible, se trataba simplemente de las “circunstancias del hecho”, y por otro lado, se exigía la significación antisocial del mismo – aspecto de sumo diferente a la conciencia de la antijuridicidad penal, entendida como el conocimiento de la punibilidad de la conducta; con base en lo anterior, entonces resultaba justo señalar que no existiría dolo (y por lo tanto tampoco culpabilidad) en caso de presentarse algún tipo de error sobre los anteriores elementos, nuevamente: circunstancias de hecho, y significación social contraria a derecho. Por esta misma razón, marcando la diferencia de la significación social y el conocimiento de la punibilidad o la prescripción del derecho, el mismo profesor Liszt afirmaría que “la conciencia de ilegalidad no es necesaria, en principio para el concepto de dolo”, principalmente porque dentro de su esquema la ilegalidad, debe ser presumida por el sujeto.

Por otro lado, enfatizó que no es que se desconozca el concepto de dolo neutro o *farblos*, sino que al sistema clásico le resulta irrelevante, puesto que sería predicable tanto de los actos legales como ilegales. Básicamente, para los clásicos, el dolo neutro puede aplicarse tanto para hacerse un café como para matar a alguien, por lo que para ellos “solo por su relación con la significación antisocial del hecho puede determinarse, de modo concluyente el concepto de dolo en el sentido jurídico-penal”. Esto quiere decir, que es el dolo *malus* el que establece precisamente una relación moral del sujeto con la ilicitud de la actuación. Hasta el momento de la antijuridicidad, el acontecimiento había sido ilícito, y solo se podría vincular al sujeto con el mismo a partir de su representación psicológica de esta ilicitud, cualquier espectro diferente lo desvincularía con el punible haciéndolo un sujeto no culpable.

Por esta razón, establece un *deber ser* de este conocimiento particular comprendido por el dolo, señala que “podría y debería ser definido como la consciencia del autor de que su acto ataca, lesionando o poniendo en peligro, los intereses jurídicamente protegidos, ya sean de un individuo o ya sean de la colectividad” (Liszt, 1914); no obstante, esta glosa fue realizada a modo de *lege ferenda*, puesto que el ordenamiento jurídico vigente para la época exigía lo contrario.

3.1.3. Crítica.

Bajo el presente acápite se pretende esbozar brevemente las principales críticas que a lo largo del desarrollo⁴ histórico-dogmático del derecho penal se le han realizado a este esquema, bajo argumentos individuales, y no solamente referidos al concepto de dolo, sino en general de la estructura de su funcionamiento.

Así, es necesario señalar que el primer reparo realizado por Mezger (1958) y Welzel (1970) es el referido a la imposibilidad de sostener la existencia de un concepto de omisión frente a la “relajación muscular”, puesto que no habría forma de atribuir la responsabilidad, debido a que se desconoce quién tenía el deber o no de evitar dicha inactividad. El problema referenciado va más allá del entendimiento natural del concepto, puesto que se carecía de un baremo jurídico que permitiera atribuir la responsabilidad correspondiente, es decir responder a la pregunta ¿quién tenía el deber jurídico de *hacer* y no *hizo*?, así mismo, se plantearon algunas cuestiones de carácter biológico, puesto que el cuerpo en todo momento está haciendo algo, por lo que dicha concepción sería irrealizable, o solo realizable por un difunto, caso que al pensarlo resulta no solo cómico, sino absurdo.

Por otro lado, se planteó la imposibilidad de examinar los requisitos particulares subjetivos que el legislador ha dispuesto en algunos tipos penales de carácter especial, tal es el caso de los elementos subjetivos especiales; esto es, el legislador había dispuesto **en el tipo**, que debían concurrir ciertos querer particulares en el autor, tal es el caso de partículas bien conocidas de expresiones como “el que con ánimo de” o “con el objetivo de”, por lo tanto ¿cómo distinguir la aplicación de estos tipos penales, si el análisis del nexo psicológico se encuentra realizado por fuera del tipo? Lo cierto es que sería imposible, entonces llevaría a una extraña consecuencia: o se afirma que la conducta es típica, aún sin analizar la concurrencia exigida de los elementos subjetivos especiales, o se afirma que es atípica, para

⁴ Como se verá a través de la presente investigación, el andamiaje del derecho penal contemporáneo, ha partido de construir premisas sobre conceptos ya edificados, en realidad resultan ser escasos los ejemplos de esquemas que no inicien su fundamentación desde los supuestos mínimos establecidos por la teoría del delito a partir de los sistemas clásicos. La diferencia *estructural* es casi nula, son el contenido, significado y ubicación de los elementos lo que ha cambiado, sin embargo, el *cuerpo* del delito ha sido el mismo desde los inicios de la época moderna del pensamiento penal.

Así, curiosamente, un esquema funda sus bases dogmáticas a partir de las críticas realizadas al esquema anterior: un modelo de pensamiento termina considerándose superior solo porque supera las críticas realizadas al anterior, creando así un espacio genuinamente endogámico, puesto que solo se están respondiendo las críticas realizadas por el propio autor (yo critico y yo postulo, yo soluciono). Esto ha impedido la concreción de un lenguaje coherente en diferentes instituciones del delito, que si bien no debe mirarse de forma peyorativa, no contribuye mucho al objetivo real del derecho penal: lograr un mensaje efectivo al ciudadano ¿quién podría comprender las vicisitudes que ha tenido la evolución del derecho penal hasta la fecha? Me atrevería a decir que inclusive, no ha sido comprendida por los mismos estudiosos del área, por lo que difícilmente el mensaje podría llegar a todos sus destinatarios.

posteriormente verificar que si concurrían dichos elementos, pero ¿si se concluye que es atípica, por qué seguir adelante en el estudio?

En conclusión, fracasa el sistema, principalmente por su incapacidad de transmitir el sentido social de la norma, por ejemplo: en el tipo penal de hurto, generalmente se castiga el *apoderamiento* de una cosa mueble ajena, con un *propósito* particular, es decir, un elemento subjetivo especial. Esto es, el de obtener un provecho propio o para un tercero, entonces, si el sujeto A, se apodera de la cosa B, y no pretende ningún provecho con ello, entonces a pesar de esto, estaría realizando la conducta descrita en el tipo según el sistema clásico, y esto generó un rechazo absoluto en los posteriores penalistas que llegaron al escenario.

El maestro Welzel objetó fuertemente el concepto de causalidad adoptado en el esquema clásico, principalmente por definirla como una figura *ciega*, haciendo referencia a que no hay forma de individualizar la causalidad a partir de criterios objetivos, puesto que cualquier persona que interviniera en el curso causal, a través de un movimiento dominable (como rascarse los ojos), estaría haciendo parte de la descripción típica, lo que nuevamente, se reprocha, hace inentendible la proyección social del concepto de tipo penal (Welzel , 1951).

Por último, fue criticado severamente el concepto de antijuridicidad, por no incluir precisamente una valoración considerable de la lesión al bien jurídico, sino limitarse a la existencia o no de causales negativas de la ilicitud, es decir, entender si se configuraba o no figuras como la legítima defensa que, es necesario señalar, no excluían el tipo (puesto que bastaba para su configuración verificar un resultado producido por una acción naturalmente humana), sino su calidad de ilícito. Es decir, el elemento que se había diseñado para la valoración del tipo penal no contaba con herramientas de carácter axiológico que permitieran realizar una verdadera valoración, quedándose en la limitación que produce la verificación de justificaciones legalmente concebidas⁵.

3.2.El esquema neoclásico.

3.2.1. Fundamentos dogmáticos del esquema.

Lo primero que es necesario anunciar al momento de avocar el estudio a la fundamentación, estructura y particularidades del llamado esquema neoclásico del pensamiento penal, es que algunos sectores de la doctrina han considerado que recibe este nombre: neoclásico, debido a que no tiene una fundamentación radicalmente diferente a su antecesor, el sistema clásico. Es decir, que la gran labor del esquema clásico fue reformar en

⁵ Como se verá en lo sucesivo, y fue anunciado anteriormente, las críticas expuestas acá servirán, en parte, para fundamentar los valores de los que se refutará fundador el siguiente esquema de pensamiento penal.

cierta parte el esquema propuesto por Liszt y Beling, a partir de la introducción de nuevos conceptos, mejorando algunas premisas, pero sin cambiarlo en su esencia (Hassemer, 2018).

Por otro lado, resulta preciso anotar que hay quienes afirman, que no solo reciben su nombre por ser una forma nueva de aparición del esquema clásico, sino particularmente, porque en realidad, lo que se realiza es la incorporación del sistema de pensamiento *neokantiano* en el sistema clásico, lo cual generó algunas modificaciones estructurales y de gran importancia para el derecho penal.

Dos cosas son ciertas de los puntos anteriores: i) como se verá, gran parte del avance y movimiento del esquema neoclásico se debe a la incorporación del método interpretativo de la realidad neokantiano y ii) todos los esquemas del pensamiento penal, posteriores al esquema clásico han sido eso: una modificación estructural de algo que “podría estar mejor”, que precisamente debe añadirse o suprimirse para que el sistema cobre sentido, por tal razón, de ser este el caso, tendríamos una sucesión de sistemas neoclásicos, “post-neoclásicos” y hasta “contempo-clásicos”, tal y como se anotara a pie de página anterior.

Uno de sus más reconocidos representantes fue el profesor Mezger, quien si bien es cierto, estableció con total claridad alguno de los pilares fundamentales del esquema neoclásico, no fue el único que participó en su construcción⁶, aspecto que es necesario resaltar debido a que la popularidad de este esquema ha sido tenida en una baja estima por la doctrina mayoritaria (Ferre Olive, Nuñez Paz, & Ramirez Barbosa, 2011) (Jakobs G. , Derecho Penal Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación, 1997) (Kindhäuser, Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso, 2005); y esto puede deberse a la mala reputación que la participación de Mezger en el partido Nacionalsocialista haya conllevado, así lo ha hecho ver con total claridad, e incluso, fortaleza, el profesor Muñoz Conde, quien ha dedicado una obra entera a reconstruir la vida del penalista; en una parte de esta estableció que “en sus sesudas elucubraciones se encaminó a partir de 1933 a configurar e interpretar el Derecho Penal conforme a los postulados nazis” (Muñoz Conde, 2000), lo cual si bien no es falso – en la época del régimen-, no significa que la totalidad de su obra haya consistido en la justificación del nazismo. Por lo que en el presente estudio intenta rescatarse las consideraciones netamente jurídicas del profesor alemán⁷.

⁶ Se dice que fue uno de los más conocidos debido a que no fue el único. Si bien en cierto momento la doctrina solamente ha atribuido la configuración e este esquema a Mezger, también lo es que Mayer, Frank, Nagler y Fischer fundaron una gran parte de los argumentos que tomaría Mezger para su reproducción y potencializaron algunas barreras que la tesis neoclásica debió superar.

⁷ Debe quedar claro al lector que lo que se aborda en el presente capítulo, en primer lugar no corresponde a la adopción integral del pensamiento de Mezger, y en segundo lugar, en cuanto a su fundamentación, solo se tomarán los postulados del manual correspondiente a la sexta edición, proferida en la década del 50.

Entrando en materia entonces, a fin de explicar la fundamentación del esquema neoclásico es necesario señalar que parte, principalmente de las objeciones anteriormente vistas, que fueron realizadas al sistema clásico, de forma puntual frente a la concepción de la antijuridicidad, la naturaleza de la acción, así como de la omisión, el concepto de resultado (entendido como la mutación externa del mundo) y los problemas que se generaban a partir de los elementos normativos y subjetivos del tipo penal.

Uno de los casos icónicos que toma el sistema neoclásico para su explicación de lo anterior es el que se produce cuando se analiza el delito de injuria, ¿qué tipo de modificación externa del mundo se está produciendo con la injuria⁸?, algunos de los clásicos intentaron señalar que lo que ocurría era un proceso físico a escala diminuta consistente en la modificación de las vibraciones del aire, a través de las ondas sonoras que viajan desde la boca del ofensor hasta el oído del ofendido y a su vez, tienen una repercusión corporal en el último, con el movimiento microscópico del aparato auditivo, lo que a la vez, genera unos procesos fisiológicos en su sistema nervioso (Liszt, 1914; Beling, 2002).

Por supuesto, tal consideración fue sujeta a múltiples críticas, pero la principal fue la que en parte fundamentó el sistema: lo que ocurre en el delito de injuria no es un proceso netamente físico, es un proceso que necesita de su aprehensión a través de su **valoración**, es decir, justificar la injuria a través de un proceso meramente causal escapa a la realidad institucional, e incluso, moral que estaba detrás de la realización de la conducta, por lo que, hacia falta la inclusión de elementos axiológicos que permitieran no solo estudiar la realidad a partir de procesos físicos o biológicos, sino, como procesos de manifestación social susceptibles de valoración.

Un caso similar ocurriría con el problema que conllevaba el tratamiento del delito de omisión en el esquema clásico, que como se vio, era fundamentado en un proceso de relajación muscular.

Sin embargo, este proceso de relajación muscular igual no podría fundamentarse sin la existencia de un juicio valorativo, principalmente frente a los delitos de omisión impropia, en donde más allá de cualquier concepto casual, surge la pregunta de ¿quién debía *hacer* y *no hizo*? Nuevamente esto conlleva la realización de un juicio *valorativo*, principalmente de la ilicitud misma, y de cuándo se entiende realizada o no, buscando, en este caso, quién tenía el deber de evitarla.

⁸ En Colombia la injuria consiste en proferir contra otra u otras personas, manifestaciones que atenten contra la moral o la dignidad, su redacción típica se encuentra en el artículo 220 de la ley 599 del año 2000, que señala: El que haga a otra persona imputaciones deshonrosas, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Estos problemas fundamentales dieron paso a la inclusión de los criterios valorativos en el primero de los escenarios del análisis delictual: el injusto. De esta forma, se abandona completamente el concepto de acción como una simple manifestación corporal dominable que produce una modificación en el mundo exterior, y se busca en los fundamentos del **neokantismo**, los postulados que harían entender al Derecho Penal de una vez por todas, que debería alejarse del lastre de la escuela positivista, dejando de ver el derecho como un mundo natural y netamente empírico, analizable a través del estudio de la naturaleza y la causalidad, e incluyendo los juicios valorativos en el aspecto objetivo.

Esto conllevó un cambio importante, precisamente en el concepto de acción y de causalidad, llegando entonces a establecer que no cualquier acción dominable y voluntaria⁹ que produjera un resultado típico sería considerada objeto de ilicitud para el derecho penal, sino que se intenta perfeccionar a través de la inclusión del concepto del comportamiento socialmente relevante, lo que a su vez llevó a la teoría de la adecuación: la acción será importante para el derecho penal, siempre y cuando resulte adecuada, *ex ante*, para la producción del resultado típico existente.

Es importante señalar que el *concepto* de acción también sufrió una motivación que difícilmente puede separarse de la simple terminología: para los neoclásicos, el concepto de acción sería sustituido por el de “comportamiento voluntario”, como lo diría Hipel, o la “realización de la voluntad”, en Mayer, incluso “comportamiento humano”, llegó a afirmar el profesor Mezger. Esta evolución terminológica se ubica con gran facilidad en la ilustrativa obra del profesor Jeschek (*Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria*, 2003).

Sin embargo, la conclusión más relevante para la fundamentación del esquema neoclásico es claramente explicada por el profesor Esiquio, quien señaló que con la incorporación de los valores propios del sistema de pensamiento Neokantiano en la teoría del delito, se logró establecer un “vínculo entre el método científico-naturalista de observar y describir, y el propio de las ciencias del espíritu caracterizado por comprender y valorar” (Sanchez Herrera, 2007, pág. 116), esto indica que los acontecimientos fácticos, serían analizados, a efectos del derecho penal, ya no bajo una lupa científica, avalorada “objetiva”, quizá despojada de la realidad humana, propia del positivismo, sino que se dotaría de recursos valorativos al injusto, lo que permitiría una mayor lógica en las proposiciones del derecho penal a efectos de la proyección normativa en la sociedad.

⁹ Aún permanece el concepto de acción dominable y voluntaria tal y como se entendía en el esquema anterior. A efectos de distinguirla del acontecimiento simple o de la realización de resultados por animales u otros objetos.

Esta inclusión conllevó dos modificaciones estructurales en la teoría del delito de aquel entonces: la inclusión en el tipo de los elementos normativos, que anteriormente estaban circulando en las esferas de la antijuridicidad y se consideraban parte del reproche, por no ser elementos de la descripción típica, sino la prohibición en sí misma, y la inclusión (también en el tipo) de los elementos subjetivos especiales, frente a esta última, se realizará una mención importante en el análisis de la estructuración del dolo en el esquema. Y, como se mencionó, se incluyó un juicio de valor en la acción (y por consecuencia en el tipo), frente a la obligación del sujeto de actuar cuando el delito no corresponde a la omisión propia, sino que ha sido redactado como un delito de acción y su comisión se lleva a cabo por omisión (Pelaez Mejia & Quintero Jaimes, 2020).

Contrario a la opinión ya señalada sobre la nimia modificación de este esquema frente a su antecesor, es necesario señalar que en el presente trabajo se opina algo distinto: el esquema neoclásico hizo algo revolucionario frente al concepto manejado por los clásicos, rompió con el paradigma del análisis de lo objetivo en la estructura de la antijuridicidad, y de lo subjetivo en la estructura de la culpabilidad. Ahora, la antijuridicidad se encuentra con la necesidad de hacer valoraciones subjetivas en el tipo (elementos subjetivos especiales), y la necesidad de realizar valoraciones normativas en la culpabilidad, bajo el concepto que se analizará correspondiente al juicio de reproche (Salazar Marin, 2006).

En este esquema también se dio un vuelco a la relación que venía sosteniéndose entre la tipicidad y la antijuridicidad, particularmente la primera dejó de ser un indicio de la segunda y se convirtió en su fundamento, pasando a manejarse el concepto de injusto como acción típicamente antijurídica. Es decir, la acción típica es el fundamento de la antijurídica, siempre y cuando, no aparezca justificada en virtud de una causa de exclusión de lo injusto, por lo que para Mezger, antijuridicidad e injusto son sinónimos, que se ven negados cuando se presenta una justificación (Mezger, 1958)

Este pensamiento puede ayudar a entender porqué este jurista consideraba que el derecho penal “moderno” no adopta una contraposición simplemente formal entre lo objetivo y lo subjetivo, sino una verdadera contraposición de la antijuridicidad (injusto) y la culpabilidad. Siendo algo claro entre los dos: que, en palabras de Mezger:

una cosa será siempre falsa e insostenible, esto es, la idea de que ambas direcciones se pueden combinar en forma tal que lo "exterior" equivalga al injusto y lo "interno" a la culpabilidad. La "teoría de los elementos subjetivos del injusto" (§32) desvirtúa esta posibilidad (Mezger, 1958, pág. 81).

Como conclusión, para el sistema neoclásico, delito consistirá siempre en una acción, que sea *típicamente antijurídica*, personalmente imputable, y conminada con pena.

3.2.2. *El discurso sobre el dolo: ubicación y contenido.*

En cuanto a la naturaleza propia del dolo es necesario manifestar, desde ya, que no ha presentado cambios considerables, si se compara con las posiciones asumidas anteriormente por el esquema clásico. Sin embargo, existen unos sutiles detalles que son necesarios describir, no sin antes, estudiar el principal cambio que se dio en materia *subjetiva*: el estudio de los elementos subjetivos del tipo. Se estudian en este espacio debido a que su elaboración constituyó el primer paso para el análisis del dolo en el estado actual de la doctrina (Roxin, 1997).

El recorrido de los elementos subjetivos del tipo, puede iniciarse, al menos con cierta exactitud, con los postulados que en 1911 profiriera el jurista del derecho privado, Albert (Fischer, 1966)¹⁰ citado en (Agudelo Betancur, 2015), que en su obra “la antijuridicidad”, expuso, en líneas cortas, que la ilicitud de una conducta muchas veces dependía de que existieran o no en el comportamiento del sujeto determinados elementos subjetivos. Es decir, según el profesor Fischer el derecho mostraba situaciones en las que la simple realización del comportamiento exterior no realizaba o no configuraba la ilicitud general, necesitando de la concurrencia de los elementos subjetivos, o intensiones particulares del autor, previamente descritas por el legislador, para su aparición (la de la ilicitud).

Por otro lado, en el mismo año, el profesor Nagler, también en el escenario del derecho privado, señalaría que la antijuridicidad tenía una estructura *fundamentalmente* objetiva, queriendo con esto decir que no era *totalmente* objetiva, sino que se dejaba un pequeño margen, para esos elementos subjetivos que el legislador establecía como necesarios, y particulares para la configuración de la conducta ilícita, o en términos de Nagler y Fischer, antijurídica (Poldino Navarrete, 1972).

No sería hasta el año 1914 que esta teoría tendría sus primeras repercusiones en la dogmática jurídico-penal, y fue ese año en el que el jurista Hegler, tomara los postulados de los anteriores privatistas y propusiera su implementación en la estructura del delito, puntualmente postuló un razonamiento lógico que intentaba demostrar su punto, bajo la siguiente premisa: “si el tipo es la descripción de lo que se considera socialmente dañoso, en aquellos casos en que lo socialmente dañoso dependa de determinados elementos subjetivos, estos deben quedar incluidos en el tipo” (Hegler , 1914) citado en (Agudelo Betancur, 2015).

A partir de esta elemental y básica premisa Mayer, en 1915 y Mezger en 1926 intentarían perfeccionar sus argumentos hasta encontrar justificaciones coherentes a nivel intra-sistémico para la fundamentación del sistema neoclásico (Cordoba Roda, 1963). Con base en esto se demostró que no era cierto que la tipicidad, como lo pregonaban los clásicos,

¹⁰ Se trata de una obra cuya primera publicación se dio en el año 1911.

fuera un escenario del *reino objetivo*, sino que requiere valoraciones y algunas de ellas son subjetivas, es decir, requieren de evaluaciones frente a la conexión psicológica del autor con la conducta, a excepción, por supuesto, del dolo, como ya fue planteado al inicio, toda vez que este permanecía en el análisis de la culpabilidad.

Frente a la justificación que dieran los exponentes del sistema neoclásico, el profesor Nodier Agudelo Betancur (Curso de Derecho Penal. Esquemas del delito, 2015), toma un ejemplo que yace en la obra del profesor Mezger, particularmente se refiere al caso en el cual un médico toca a una menor de edad en sus zonas genitales, mientras que alega que se trata de un procedimiento médico (Mezger, 1958). Frente a esto, señala el profesor colombiano que solo es posible diferenciar la barrera de la punibilidad acudiendo al estudio del ánimo libidinoso con el que el galeno hubiese procedido. Es decir, para el gran maestro de Medellín, la diferencia entre lo punible y lo no punible, como en este caso, se edifica en la existencia de una intensión particular.

Sin embargo, tal consideración no puede compartirse en el presente estudio, toda vez que no sería posible criminalizar secundariamente la conducta del médico solo bajo las respuestas a las preguntas ¿Estaba excitado? ¿Estaba buscando con el roce excitarse? ¿lo disfrutó de forma inapropiada? Esto porque estaríamos llegando al absurdo cometido en la época del medioevo de castigar el pensamiento, por una sencilla razón ¿qué importa al derecho penal el pensamiento o ánimo libidinoso si el sujeto respetó todos los protocolos de la *lex artis* propia del procedimiento? ¿Acaso podríamos afirmar que se sostiene una pena con base en que, a pesar de que un galeno realizó un procedimiento objetivamente correcto, estaba disfrutándolo lascivamente?

La respuesta es evidente: el derecho penal no puede castigar el pensamiento, principalmente porque este no delinque. Entonces, no es el ánimo del sujeto lo que delimita la ocurrencia o no del punible, sino la valoración objetiva de su conducta; por su puesto, como se verá, esto fue solucionado por el funcionalismo, ya sea radical o moderado, la respuesta en el presente caso será la misma, el sujeto responderá siempre y cuando haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado, que en el caso del médico, será cuando desborde la *lex artis*.

No obstante, la concurrencia del elemento subjetivo especial sigue siendo un requisito necesario, pero no suficiente para la fundamentación de la responsabilidad penal en tal caso; toda vez que podría presentarse un escenario en el que el médico toque a la menor en una zona no debida pero lo haga de forma imprudente, por no saber manejar sus implementos quirúrgicos.

Cerrando este comentario, que resultaba necesario para sentar la posición frente al elemento estudiado, es necesario manifestar que si bien el profesor Mezger justificaba el

traslado del estudio de los elementos subjetivos especiales al tipo penal, no fue así con el dolo, aspecto que, como se verá, fue una gran crítica a su sistema. La explicación brindada por él se basó en las siguientes consideraciones:

Pero no es posible, evidentemente, que el dolo sea un elemento estructural de la antijuridicidad; la existencia del injusto *culposo* (punible) lo demuestra de manera necesaria e irrefutable. Por lo tanto, se trata solamente de saber si en *ciertos* hechos punibles dolosos hay que agregar al injusto el dolo; por razones deducidas del derecho positivo, lingüísticas, históricas y de orden práctico, hemos demostrado que ello *no* es factible, por lo cual seguiremos sustentando el criterio tradicional de que el dolo pertenece a la *culpabilidad* (Mezger, 1958, pág. 140)

Como puede observarse, el delito imprudente sirvió a Mezger para demostrar la innecesariedad de analizar el dolo en la figura del tipo subjetivo, puesto que quedaba demostrado la existencia de una relación causal y valorativa ya dada entre la conducta y el derecho, restando solo, proferir una resolución frente al sujeto y la conducta (o el resultado), que simplemente estos elementos subjetivos especiales debían estudiarse de forma accidental cuando el ordenamiento jurídico así lo estableciera, y su análisis correspondía al tipo por pertenecer a la misma descripción legal especial; quedando claro, que el dolo y la culpa entonces, seguirán perteneciendo a la culpabilidad, con una clarificación se suma importancia: **pertenecerán** a la culpabilidad, más no **serán** la culpabilidad; lo que supondría un cambio enorme en la estructura de esta categoría dogmática, lo propio será analizado en el capítulo cuarto.

Por último, es necesario señalar, que el sistema neoclásico, introdujo un requisito fundamental que debe hacer parte del dolo: el conocimiento de los supuestos fácticos de la justificante. ¿qué quiere decir? Que para los exponentes del sistema neoclásico, solo se está, por ejemplo, en una legítima defensa justificante, si el sujeto que se “defiende” conoce los hechos de esta justificación, y además de ello, estos mismos le están motivando a actuar contra el ordenamiento jurídico penal.

Es necesario aclarar que esta misma consideración, adoptada en los inicios del siglo XX aún sigue siendo una gran materia de discusión penal. Inclusive, es necesario afirmar que esta, la posición sentada por el esquema neoclásico es aún la posición mayoritaria en la teoría del delito, con unas contadas, y compartidas, excepciones (Pelaez Mejia, 2019) (Araque, 2012). Sobre este temario se volverá en el momento oportuno.

3.2.3. *Crítica.*

El esquema de pensamiento neoclásico no estuvo exento de críticas, principalmente por la cuestión que se señalaba anteriormente: al no ser un verdadero sistema *aparte* del

clásico (al menos en cuanto al concepto de acción se refiere), era objeto de las mismas críticas concebidas contra el sistema clásico, por supuesto, a excepción de los aspectos en los que fueron precursores. Por esta razón se repetirá la exposición de críticas que ya fueron vistas bajo el capítulo 3.1.3.

Sin embargo, recordando que la evolución dogmática del derecho penal consiste fundamentalmente en el señalamiento y evidencia de los yerros de las escuelas de pensamiento anterior a fin de formular una tesis que los supere, será necesario comprender, en resumen, las tesis opuestas al pensamiento neoclásico, para así poder entender la repercusión de estas en el sistema finalista, que se verá en el siguiente capítulo.

En primer lugar, el profesor Welzel señaló crudamente el yerro de poseer una causalidad ciega, que permitiera la consideración de cualquier agente que bajo voluntariedad se encontrara en el curso de un resultado lesivo de bienes jurídicos, como realizador del comportamiento antijurídico. Por esta razón, señaló que al derecho penal no le interesaban los comportamientos de estos sujetos, y que por lo tanto, el esbozo de su teoría causal se apartaba, drásticamente, de los derroteros mínimos que debía poseer la estructura del delito, al menos para diferenciar el significado social de conductas prohibidas de las que no lo están (Welzel, Derecho Penal alemán parte general, 1970).

Así mismo, el profesor Graf Zu Dohna criticó fuertemente la consideración del dolo y la culpa como elementos de la culpabilidad, señalando que si bien era un acierto elemental el dejarlos de considerar como *formas* de esta. El psicologismo debería abandonar la categoría dogmática de la culpabilidad, a partir de la fundamentación de una premisa que será analizada con mayor detenimiento en el siguiente capítulo: no podría confundirse el *objeto de valoración* con la *valoración del objeto* (Dohna, 2018)¹¹.

Bajo esta premisa, como se verá, se pretendía realizar un llamado de atención sobre algo importante, si la culpabilidad es un juicio de reproche sobre el autor, no puede dejarse de reprochar la actitud del autor (a nivel interno) en su relación con el hecho. Este elemento de juicio mínimo, pero fundamental, dejará de ser solo una simple crítica al sistema neoclásico y definirá la historia de la teoría del delito, fungiendo como base para el posterior traslado del dolo al tipo subjetivo (Bustos Ramirez, Introducción al Derecho Penal, 2005).

Otra de las críticas que se asoma frente al pensamiento neoclásico es el tratamiento de los errores, pues al estudiar dolo y consciencia de la ilicitud bajo una sola categoría – *dolus malus* – no existía diferencia entre los juicios negativos de cada figura; esto es, error sobre los elementos fácticos del tipo y error de prohibición se trataban bajo una misma figura:

¹¹ Se insiste: la obra de Dohna data de la década del 1930, sin embargo, la edición consultada es la más fiel y accesible para los momentos en que se realiza el presente trabajo investigativo.

ausencia de dolo, y de contera, ausencia de culpabilidad. Incluso, bajo el supuesto de un error vencible en cada una de sus modalidades, la respuesta seguiría siendo la misma, la punición por un delito culposo en caso de poder configurarse.

El fundamento de la crítica anterior radica en la consideración político-criminal sobre la cual, un ciudadano que *desconoce lo que hace* debe recibir un tratamiento discriminado positivamente frente a un ciudadano que *sabiendo lo que hace* considera que no es delito; debido a que el primer escenario muestra a un ciudadano torpe y confiado, mientras que el segundo a uno que incumple un deber fundamental, conocer la normatividad vigente. En tal sentido, debería existir soluciones diferentes frente a supuestos diferentes. Para las escuelas de pensamiento posteriores la premisa será: errar en hechos no será igual que errar en derecho.

Aunado a lo anterior, al pensamiento neoclásico podrá criticársele la fundamentación dogmática de la tentativa: será necesario conocer si hay acción, y posteriormente verificar la inexistencia del resultado, lo que en *stricto sensu* supondría declarar la atipicidad de la conducta, sin embargo esta *revive* después de realizar el juicio de reproche, puesto que al verificar el nexo psicológico del sujeto con el resultado inexistente, esta surgirá a la vida jurídica. Este consistía en un problema de valoración de la acción, y servirá de fundamento a Welzel para alzarse en contra de la causalidad ciega, que impedía conocer estos fenómenos jurídicos bajo una coherencia mínima (Zaffaroni, 2000).

Una de las más grandes críticas del maestro del finalismo fue la incoherencia que planteaba la teoría de los elementos negativos del tipo. Para el profesor de la universidad de Bonn no tendría sentido señalar que realizada la verificación del tipo, se concluyera la antijuridicidad, pero después de revisado el tipo de nuevo, se negara la antijuridicidad – casi bajo un arrepentimiento de la decisión dogmática asumida -; el profesor Welzel lo explicaría con mayor claridad al señalar que “la tipicidad puede ser afirmada solo después de la constatación de la antijuridicidad y la antijuridicidad solo puede ser determinada después de la constatación de la tipicidad” (Welzel, Derecho Penal alemán parte general, 1970, pág. 154)

Por último, otro mal del que adolece el planteamiento neoclásico es el traslado de los elementos subjetivos especiales al análisis del tipo: el crear un tipo preponderantemente objetivo. La cuestión es la siguiente: ¿Cómo determino que el sujeto activo ha tenido una intención particular, como podría ser el ánimo de enriquecimiento propio en el hurto, si aún no he determinado que cuenta con el conocimiento y la voluntad mínimo exigido por el delito?

¿Acaso podría existir un caso en el que el sujeto activo contara con los elementos subjetivos especiales planteados por el legislador pero no con el dolo de la misma? Lo cierto es que no: lógicamente el sujeto primero debe tener un conocimiento y voluntad dirigido a la

realización de la conducta típica, y posteriormente podríamos analizar si cuenta con aquel querer especial que se encuentra describiendo la ley. Sistemáticamente esto tiene una repercusión grave, debido a que para que el sistema cobre coherencia se tendría que realizar alguna de estas galimatías dogmáticas:

- i) Para afirmar la existencia del elemento subjetivo especial no observo el dolo, sin embargo, no habrá forma de negarlo en el análisis de la culpabilidad, debido a que no podría afirmar lógicamente que el sujeto quiere algo especial pero lo desconoce, o que quiere un elemento del conjunto B, pero no quiere B (Klug Ulrich, 2020).
- ii) Para afirmar la existencia del tipo subjetivo, compuesto únicamente por la configuración de los elementos subjetivos especiales, estudio la culpabilidad como relación psíquica fundante entre el sujeto y el hecho, convirtiendo de esta forma, a la culpabilidad como un elemento intermedio entre el tipo objetivo y el subjetivo.

En resumen, estas podrían considerarse las críticas particulares que se realizaran al sistema de pensamiento neoclásico, recordando que las demás serán las mismas que se realizaran al modelo clásico del pensamiento penal.

3.3. El esquema finalista.

3.3.1. Fundamentos dogmáticos del esquema.

Bajo los postulados del esquema finalista las instituciones de la dogmática del derecho penal, el derecho penal en sentido positivo, e incluso, la jurisprudencia de los países occidentales que acogen un modelo de pensamiento similar, cambiaron (Wessels, Beulke, & Satzger, 2018). Para comprender el impacto de sus postulados será necesario, en primer lugar, entender su génesis; y esta labor solo podría realizarse bajo el estudio de la obra de su “padre” (Zaffaroni, 2000) (Jescheck & Weigend, 2002), el profesor Hans Welzel.

Previo a abordar tal estudio, es necesario precisar que, de todos, podría señalarse tres cambios esenciales que trajo el esquema de pensamiento penal finalista: i) el tipo siempre tendrá un aspecto subjetivo en su configuración, no a veces, no cuando el legislado establezca elementos subjetivos especiales, ii) por lo anterior, la culpabilidad radica en un mero juicio de reproche (puramente normativo) y iii) la acción dejó de contener un elemento mínimo de voluntariedad, y pasaría a ser la misma representación o anticipación de la voluntad.

Entonces, como señalaba, si se pretende comprender la obra maestra de Welzel es necesario, así sea por en los rasgos esenciales, analizar los fundamentos que este adoptó para la creación de la misma. De esta manera, se encuentra la influencia del jurista Hellmuth von

Weber¹², quien sería una gran influencia en el pensamiento del profesor Welzel para el diseño de los cimientos del pensamiento finalista. Principalmente por la posición de Weber, quien se mostró crítico frente a las concepciones causalistas que intentaron diferenciar el análisis de lo objetivo en la antijuridicidad y lo subjetivo en la culpabilidad. Para el profesor de Bönn, aunque dejando más dudas que respuestas (Weber, 1982), el tipo debía compartir el análisis del dolo, y la culpabilidad debería quedar como el elemento de valoración de aquellos conceptos.

Se precisa que la obra de Weber no se caracteriza principalmente por su extensión y el abordaje completo de los temarios estudiados. Hasta el momento las traducciones al español permiten observar una gran lucidez crítica sobre los postulados de la dogmática penal de la época, lo que le permitiría arrojar ciertas dudas en forma de proposición que esbozarían los cimientos que tomaría el finalismo para la proyección de su tesis. Por esta razón, no se reconoce a Weber como quien realizara el cambio del estudio del dolo al tipo, sino como un factor importante en el entramado dogmático que originó dicho movimiento.

Frente al análisis de la culpabilidad, el profesor Weber propondría el siguiente modelo de pensamiento: si la antijuridicidad, es decir, el desvalor de la conducta típica realizada, se basa en un juicio a partir del principio de *deber*, la culpabilidad hace lo propio frente al sujeto, pero a través del principio de *poder* (Cordoba Roda, 1963).

En el pensamiento de Weber, una vez realizada la conducta típica, esta sería valorada a través de un juicio de *deberes* que reside en la antijuridicidad, si este juicio resulta negativo, es decir, se concluye que el autor no debía realizar el tipo, o debía evitar el resultado a través de un comportamiento activo, y lo omitió; sobrevendría el análisis de la culpabilidad, en donde se verificará, a través de criterios normativos, si el sujeto estaba en la capacidad, es decir, *poder* de evitar el resultado lesivo, básicamente postularía que la culpabilidad se configura cuando quien realiza el daño, estaba efectivamente en la posición ideal para no haberlo hecho (Weber, 1982).

En síntesis: la antijuridicidad sería un supuesto valorativo que le indica al ciudadano que *su conducta* incumplió un canon de deber, *no debiendo producirla o debiendo evitar su producción*, mientras que la culpabilidad, le indica al ciudadano que se le reprocha el haber

¹² Tal como lo explican los profesores Agudelo Betancur (Agudelo Betancur, 2015) y Zafaronni (Weber, 1982), a Weber no podría considerarse finalista en estricto sentido, principalmente por su consideración diferenciada sobre la acción. El profesor Weber consideró que acción sería aquella que debía ser extraída del derecho vigente, en otras palabras, acción será lo que la ley prescriba como acción. Dogma totalmente opuesto al del finalismo *welzeniano*, quien con la creación de las estructuras lógico-objetivas, planteaba un límite de existencia ontológica de la acción, real y ajena a la voluntad legislativa por pertenecer a un espectro que el legislador no podría ingresar, solo valorar: la realidad.

podido evitar su producción y no haberlo hecho o haber *podido* omitir su actuar lesivo y no haberlo hecho.

Sin embargo, la influencia de la obra de Welzel no estaría dada únicamente por el profesor Weber, sería Graf zu Dohna, un jurista y político alemán, que le sucediera la cátedra de la Universidad de Bonn al profesor Welzel, quien terminaría de esbozar los cimientos de su tesis.

En particular, el profesor Dohna, sería considerado por Welzel como un autor aún acogido en la escuela causalista del delito (Sanchez Herrera, 2007); sin embargo, sus postulados fueron los que sentaron la lógica de la estructura delictiva finalista, bajo los siguientes derroteros dogmáticos.

Lo primero que haría sería distinguir dos elementos de juicio, necesariamente disímiles e imposibles de mezclar: el objeto de la valoración y la valoración del objeto (Dohna, 2018). Sería esta premisa, como se verá, la pieza clave en la construcción del pensamiento de la acción final.

Para Dohna, el principal objeto de valoración sería **la acción**, tal como precisaba el jurista alemán, todo delito en realidad es acción, puesto que solo las acciones humanas son susceptibles del reproche penal, por esta razón, sería un despropósito determinar el concepto de delito, si referirse al concepto de acción (Dohna, 2018). Concretamente, delito será acción adecuada a un tipo, antijurídica y culpable.

Precisamente, con su pensamiento se trata de exponer una simplicidad dogmática: el objeto de la valoración está compuesto por todo lo que encierra la acción, esto es la descripción típica con el dolo estudiado en el tipo subjetivo, este es el objeto de la valoración y de contera, la valoración del objeto será dada, frente al tipo objetivo por la antijuridicidad, y frente al tipo subjetivo, por la culpabilidad. Esto mismo lo llevaría a considerar que es falso afirmar, como lo hicieran los causalistas, que todo lo objetivo es un asunto de estudio en la antijuridicidad y lo subjetivo sería competencia de la culpa. Para el profesor Dohna esto no sería así ni radical ni preponderantemente, puesto que habría *en todo momento* un elemento subjetivo que valorar, por lo tanto, que sería un objeto de valoración en el tipo subjetivo: el dolo.

Esta consideración frente al dolo y la acción se da debido a su posición frente al tipo objetivo. El jurista destaca que en realidad a este escenario no resulta esencial el *aspecto exterior de la conducta*, muestra de ello es el delito de omisión en el que nada pasa en el exterior del sujeto; por lo cual, lo que si resulta esencial al comportamiento típico es la **concreción de la voluntad**. Este concepto sería el equivalente de *acción* en la teoría de Dohna, esta concreción de la voluntad podría ser dirigida a la producción o no evitación del

resultado, por lo que podría concluirse que acción y omisión, en realidad, son dos manifestaciones o *concreciones* de la acción misma (Dohna, 2018). Esta *acción* en Dohna tendría tres elementos: la decisión de la voluntad, la manifestación de la voluntad y el resultado, que precisamente sería accidental, pues solo podría verificarse frente a los tipos de comisión dolosa.

Estas tesis, que si bien no tuvieron mayor repercusión en la estructuración contemporánea de la teoría del delito (Mir Puig, 2016), sí resultaron valiosas para Welzel en la construcción de su teoría, principalmente en la distinción entre objeto de valoración la valoración del objeto, llegando a afirmar que si el dolo es lo valorado, no podría ser al mismo tiempo la valoración *ergo*, si la culpabilidad resulta ser la valoración, tampoco el dolo podría ser parte de esta, bajo este razonamiento afirmaría el padre del finalismo: “porque la culpabilidad es la valoración del dolo, no puede el dolo ser, al mismo tiempo, parte de esa valoración” (Welzel, 1951, pág. 27)

Sin embargo, es necesario señalar que si bien Dohna realizó un gran esfuerzo en fundamentar las razones por las cuales no podría el dolo hacer parte del componente valorativo de la culpabilidad, careció de acierto jurídico en demostrar las razones por las cuales podría hacer parte del tipo. Al respecto, el profesor Bustos Ramírez señaló que:

“Dohna dio en forma muy clara y penetrante el argumento negativo, es decir, por qué el dolo no podía incluirse dentro de la culpabilidad; pero no pudo fundamentar el cambio al injusto, es decir el argumento positivo, por qué el dolo es integrante del injusto”. (Bustos Ramírez, 1967, pág. 37)

Por lo que, a partir de conocer la incompatibilidad del estudio del dolo en la culpabilidad como categoría dogmática de valoración, Welzel tendría la tarea de encontrar una coherencia al sistema de pensamiento penal. Y principalmente lo hace bajo la enorme crítica que constantemente realizara al causalismo por la carencia de un criterio limitativo de la imputación. Es por esto, por la inexistencia de un criterio de limitación en la imputación penal del resultado objetivo, que surge la teoría de la acción final.

Así, afirmaría Welzel que:

“acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer final, no solamente causal. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines” (Welzel, 1970, pág. 53).

Siendo posible diferenciar la actividad final del acontecer causal: el primero esta dirigido a un fin, representado previamente por el sujeto, en cambio el segundo, apenas podrá gozar, si quiera de voluntariedad del sujeto.

Esta, sería entonces la *columna vertebral* del pensamiento finalista. La voluntad final, es entonces un integrante, un elemento de la acción “en la medida en que configura **objetivamente el acontecer exterior** (Welzel, 1970, pág. 54). Esta *acción final*, posee dos etapas, una en la esfera interna – el pensamiento – y otra en la esfera exterior, la realidad.

En la primera, se encuentran tres elementos a tener en cuenta: i) la anticipación o proposición del fin (lo que sería igual a la representación mental del fin), ii) la selección de los medios de la acción para la consecución del fin y iii) la consideración de los efectos concomitantes de la conducta final. En la segunda etapa, se realiza un proceso causal, que por supuesto, se debe encontrar previsto por la determinación del fin, y los medios puestos en consideración para ello. Si no se logra la finalidad propuesta la conducta quedará tentada, por considerarse una actuación peligrosa a nivel interno.

El profesor Nodier Agudelo Betancur, gran discípulo y expositor del finalismo en Colombia, ha señalado en su obra (Curso de Derecho Penal. Esquemas del delito, 2015), realizada principalmente para estudiantes – pero que de ninguna manera tiene efectos útiles solo para ellos – que Engisch en el año 1944 objetó la teoría final de la acción bajo el típico caso de la enfermera que se dispone a inyectar a su paciente un medicamento pero este le fue previamente cambiado por veneno. Afirmó Engisch que la teoría welzeliana falla debido a que tendría que suponerse que la enfermera no realizó acción alguna. A esto respondió Welzel señalando que las acciones finales no estaban pensadas solo para el derecho penal, básicamente todos realizamos acciones finales. Por ejemplo, el lector de esta obra, está realizando una acción final: leer este contenido, yo estoy realizando en este momento una acción final: la elaboración de las bases dogmáticas de la tesis. Por lo tanto, Welzel señalaría que en el caso propuesto, la enfermera realizó una acción final de curar, jamás de matar, y por esta razón su comportamiento, es decir, su acción, resulta inane para el derecho penal. Es precisamente el contenido de la acción lo que la haría relevante para el derecho penal.

Incluso, ese contenido de la acción final, sería el que, para Welzel, soportaría las críticas realizadas por Jescheck frente a la inoperatividad de algunos esquemas del delito de transmitir el verdadero sentido social de la conducta prohibitiva (Jescheck & Weigend, 2002), recuérdese que para este – su discípulo- acción es comportamiento humano socialmente relevante. Sin embargo, para Welzel lo socialmente relevante es el contenido que se le da a la acción. Un ejemplo que propuso el maestro de Bonn fue el de el sujeto que intenta herir a un ciudadano mediante una cuchillada, resultando que esta dio en un absceso que tenía el mismo, curándolo de una infección que tenía al liberar el material dañino, en este caso, el *sentido social* del comportamiento del sujeto activo no es el de intervenir

quirúrgicamente al ciudadano, sino de lesionarlo, por esta razón, para el profesor Welzel, el castigo por el delito de tentativa demostraría la idea a puntualizar.

Las consecuencias de esta tesis son claras: se le da un primer lugar al desvalor de la acción, precisamente es la *columna vertebral* de su postulado, por lo que, por ejemplo, el castigo de la tentativa inidónea no solo es posible y necesaria, sino que confirmaría la regla. Incluso, este sistema de pensamiento tiene unos profundos efectos en la consideración de la antijuridicidad, principalmente porque se trataría de la desaprobación de un hecho *referido a un autor determinado*, evidentemente, a quien se lo propuso de forma final.

Por último, es necesario señalar que el profesor Welzel propondría la aplicación de las estructuras lógico-objetivas, que se corresponden con su andamiaje ontológico de la acción, correspondiendo estas a las “estructuras de la materia de la regulación jurídica destacadas por la lógica concreta, que se orientan directamente en la realidad objeto de conocimiento” (Welzel, 2002, pág. 31); si bien este no es el objeto principal de la investigación habrá que señalar que básicamente se constituyeron como el inicio de una limitante al poder punitivo del estado, y a la configuración dogmática del delito: cuando el legislador penaliza una conducta, no la crea, solo la describe, el legislador no podría postular qué es conducta, pues esto ya está, es, y solo tiene la facultad de desaprobala.

3.3.2. *El discurso sobre el dolo: ubicación y contenido.*

Como podrá observarse, los postulados sobre la acción final de Welzel, junto a las distinciones realizadas por la influencia de Dohna, afectaron considerablemente la naturaleza, el alcance y la ubicación del dolo, siendo en este esquema la primera vez que se considera al dolo ya no como parte integrante de la culpabilidad, sino como un elemento independiente del tipo: el tipo subjetivo. Y no solo será un elemento distante o accidental, sino que se trata de un requisito permanente en el estudio del delito: es el dolo el que determinará la naturaleza del tipo.

A estos efectos, las consideraciones de Dohna tendrán que tenerse en cuenta para el estudio del discurso finalista en cuanto al dolo. Lo primero que este señalaría es que para el delito no es *esencial* una relación psíquica del autor con su hecho, debido a que la misma falta en la comisión de delitos culposos. Sin embargo, su *existencia*, si constituye la esencia del dolo (Dohna, 2018, pág. 34). Básicamente, esto se explica para Dohna bajo un símil: así como el tipo objetivo puede consistir en la realización o no de una acción (comisión-omisión), lo mismo ocurre frente a la existencia de la relación psíquica entre el sujeto y el hecho (dolo-culpa).

Para Dohna, actuará de forma dolosa el que *sabe lo que hace*. Es decir quien se encuentra en pleno conocimiento de que con el desarrollo de su actuar, realizará un resultado

determinado; mientras que, por el contrario, falta el dolo en quien no ha previsto la producción de tal resultado o desconoce las circunstancias de hecho que pertenecen al tipo. En otros aspectos, Dohna señaló la innecesaria incongruencia que radica en la existencia del dolo malo, o el dolo al que pertenece la consciencia de la ilicitud, principalmente debido a que la conciencia de la antijuridicidad, *debe* hacer parte del juicio de reproche (Dohna, 2018).

Estas mismas consideraciones llevaron a Welzel a considerar que la configuración del dolo, yacía en la explicación de la acción, a saber “toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la consciencia de lo que se quiere- el momento **intelectual** – y por la decisión al respecto de querer realizarlo – el momento **volitivo**” (Welzel, 1970, pág. 74), esto llevaría a una conclusión: dolo es conocer y querer lo que se hace, siendo lo que se hace, obviamente, el tipo penal (Maurach & Zipf, Derecho penal. Parte General: Teoría general del derecho penal, 1994).

En particular, esta parte intelectual abarca el conocimiento **actual** de los hechos que constituyen el tipo penal. Es necesario señalar que el conocimiento potencial sigue sin ser conocimiento, por lo que no sería suficiente para suplir el requerimiento impuesto por el autor. Por otro lado, el aspecto volitivo corresponde a la voluntad *incondicionada*¹³ de realizar el supuesto fáctico del tipo penal.

En tal sentido, la importancia del dolo en el esquema del profesor Welzel, que genuinamente constituye la definición de la acción: “**La acción objetiva es la ejecución adecuada del dolo**” (Welzel, 1970, pág. 95). Esta consideración, por supuesto surge de la misma naturaleza de la acción de Welzel, acción no sería acción sin la existencia de una voluntad final que termina viéndose reflejada en el dolo. Esta podría ser la explicación más breve a la afectación del dolo por la naturaleza de la acción en el sistema de Welzel, que si bien no se comparte, trata de ser descriptiva en el presente escenario.

Por otro lado, el dolo se niega en el sistema welzeliano cuando el sujeto activo de la conducta desconoce las circunstancias fácticas de su hecho: error de tipo. Es necesario señalar que, aunque Welzel no lo dice de forma específica, podría pensarse que la ausencia de voluntad anularía no el dolo, sino la *acción* en sí misma. Sin embargo, es algo que será abordado en las conclusiones y críticas de este capítulo.

Por último, la fundamentación del delito culposo en el esquema finalista es expuesta en mejor manera por Armin Kauffman, discípulo de Welzel -y quien le sucedería la cátedra a Jakobs-, explicando que el desvalor de la acción el delito culposo no se da ya por una

¹³ El profesor Welzel señala que tiene conocimiento condicionado, por ejemplo, quien saca una pistola pero aún tiene dudas sobre si quiere disparar o solo amenazar al sujeto, y entre tanto se le sale un tiro que mata al otro. En este caso, no habrá homicidio en grado de tentativa, pues el sujeto activo no quiso, incondicionalmente, la muerte del sujeto pasivo.

representación final explícita del resultado, sino por la violación del cuidado debido, no ya como un elemento a tener en cuenta en la configuración del delito culposo, sino como la única configuración para su existencia, aunada a la no existencia de causas de justificación del hecho (Kaufmann, 1975)

En últimas, podría decirse que el discurso del dolo en el esquema finalista, en realidad se convierte en el discurso de la fundamentación de la acción final.

3.3.3. *Crítica.*

Si bien en el análisis de las críticas que se han realizado a los anteriores esquemas se empleó un método tendiente a recopilar lo que la doctrina posterior habría señalado como un error, y así abierto el paso para la fundamentación del *esquema siguiente*, en el presente caso se realizará una labor un tanto diferente. Por un lado se mantendrá, en principio, el método que se ha trabajado durante la elaboración del trabajo, esto es, se enunciarán algunas de las críticas principales que ha recibido la doctrina final de la acción, elaborada inclusive por algunos de los mismos finalistas moderados como Jescheck y Gallas; pero por otro, al ser el esquema finalista el punto de partida dogmático del traslado del dolo al tipo penal, será este el momento preciso para señalar las razones por las cuales se considera un grave error a nivel dogmático.

Si bien es cierto que de forma casi unánime, la doctrina jurídico-penal occidental reconoce en Welzel al jurista que cambiaría la dogmática penal, otorgándole un andamiaje más elaborado, permitiendo el escape del oscurantismo que representaba el causalismo para la responsabilidad penal, también lo es que a lo largo de la historia se le han presentado numerosos reparos a la fundamentación dogmática de su tesis de acción final. A tal punto, que como veremos, el profesor Roxin ha llegado a insinuar que el verdadero aporte de este jurista no está en la corrección de la base dogmática empleada, sino en los efectos dogmáticos que la adopción de su esquema tiene, aspecto que será abordado en su debido momento.

Entonces, dentro de las primeras y más fuertes críticas que se realiza al esquema de pensamiento penal finalista se encuentra la imposibilidad de fundamentar coherentemente el delito culposo. No existe estructura lógica que permita afirmar válidamente (Copi, 2014) que i) solo las acciones pueden ser castigadas por el derecho penal, es decir, que la base del reproche penal es la acción, ii) que acción es anticipación de la voluntad, esto es, que acción es “acción final”, consistente en al representación del fin, la elección de los medios y la consideración de los resultados concomitantes, y iii) que la culpa no posee una dirección de la voluntad específica pero que aún así es sujeto de reproche por el derecho penal. Esto indica que el concepto finalista en realidad no es un concepto total, quizá tiene una coherencia interna frente al delito doloso – veremos que no es del todo cierto -, pero decae fuertemente su sustento frente a la imputación del delito imprudente, siendo incapaz de *adecuar* al

estructura final a su punición, lo que incluso conllevaría a la punición del resultado por el resultado, *versari in re illicita* (Roxin, 2002).

También la doctrina erigió una fuerte crítica, en un sentido similar a la punición del delito de omisión. Particularmente se critica que quien omite, no dirige precisamente su voluntad, en algunas ocasiones, a la comisión de un resultado punible, lo explica el mismo finalista Jeschek al señalar que la orientación “del proceso causal a través de impulsos de la voluntad característica del curso de la acción final se encuentra ausente en la omisión” (Jeschek & Weigend, 2002). Por lo que aún resultaba un grave reto responder a la pregunta ¿a quién debe imputarse el resultado ocasionado con la conducta omisiva? Si no hay forma de concebir que, en algunos casos, se haya dirigido la acción final hacia la producción del mismo, la teoría se convierte, nuevamente, en una laguna, en ocasiones esbelta, pero sin movimiento, incapaz de responder a las múltiples manifestaciones del constante devenir adquirido por el derecho penal.

Por último, una grave crítica que realiza la doctrina (Roxin, 1981) (Sanchez Herrera, 2007) (Ferre Olive, Nuñez Paz, & Ramirez Barbosa, 2011) consiste en destacar la *subjetivación* del concepto de acción, conllevando con ello que el derecho penal se transforme en una especie de mecanismo valorativo de asunciones éticas y morales por parte de los ciudadanos, dejando de cumplir su función de delimitación normativa. A este fenómeno se le conoció como la *etización* del derecho penal (Fernandez Carrasquilla, 2002)

Incluso, pueden observarse los rasgos de esta concepción al volcar la atención sobre la finalidad del derecho penal en el pensamiento welzeliano, para el anterior profesor de Bonn, el derecho penal se encuentra configurado bajo la justificación de la protección de los valores ético-sociales, lo que de contera – pero no de forma principal – conlleva a la protección de bienes jurídicos. Esta posición puede traducirse en el castigo de las personas por ser peligrosas, o sencillamente no corresponder al estándar ético social de “bueno”. El castigo de la tentativa inidónea en su pensamiento es un fiel reflejo de ello, de la exacerbación de la valoración de la acción.

Ahora, dejando a un lado las consideraciones elaboradas de forma previa y general, es necesario iniciar con la construcción de las críticas elaboradas a partir de la construcción dogmática que se tiene hasta el momento.

Lo primero que debe señalarse es que el método de Welzel para producir la teoría final de la acción, como pudo observarse, se fundamentó en el análisis de la reproducción de la voluntad humana a nivel interno. Estos, se preguntó en primer lugar cómo opera la voluntad humana, y a partir de ello, elaboró un sistema penal que le correspondiera íntegramente a fin de defender su postura lógico-objetiva consistente en que el legislador no podría *decir qué es conducta*, sino describirla.

El problema radica en que la ciencia del derecho penal no es idéntica a la ciencia del comportamiento humano, y en algunos momentos se necesita de un método que permita, a partir del análisis posterior a la ocurrencia de la conducta, separar los elementos de juicio que, de forma metodológica permita realizar un juicio de reproche objetivo y subjetivo, bajo una estructura coherente, sin la necesidad de *copiar*, el funcionamiento interno humano. Pretensión contraria llevaría al absurdo de analizar el movimiento neuronal existente de forma previa y concomitante a la ocurrencia de la conducta, o la actividad de oxigenación del cerebro que permitiera al sujeto dirigir su voluntad en un estado de no excitación sino de reposo óptimo para el direccionamiento mental. Todas estas tesis, por cierto, decaerían gravemente si, como ha ocurrido, se dudara sobre la existencia del libre albedrío (Luzon Peña, 2012), por lo que este aspecto decisional y de dirección tampoco soportarían los diferentes movimientos dogmáticos que se ocasionan en el derecho penal bajo la guía de la realidad.

En igual sentido, surge un inconveniente a nivel lógico-dogmático, o mejor, *esquemático*, en el pensamiento de Welzel, y es el siguiente: i) si la acción se compone por la dirección de la voluntad, y esta posee como mínimo tres elementos: representación del fin típico, selección de los medios y consideración de los efectos concomitantes de la conducta y ii) el dolo es el conocimiento de la realización de una conducta descrita en el tipo, y la voluntad entendida como un querer de la realización de dicha conducta, entonces **¿debemos suponer que la inexistencia del dolo, niega a la vez, la existencia de la acción?**

El problema es que se vuelve tautológico y contradictorio: si afirmo que hay acción humana como voluntad final, con ello, estoy señalando implícitamente que el sujeto conoce y quiere la realización del fin típico propuesto; esto, en el esquema de Welzel es lo que permite el paso al análisis del tipo objetivo, sin embargo, una vez superado este escenario, se pasa a analizar el dolo, preguntándose el intérprete si el sujeto *conocía* y *quería* la realización de los hechos constitutivos del tipo ¿acaso esta pregunta ya no fue contestada?

Esto lleva a que la existencia del error de tipo, a la vez, conlleve la inexistencia de acción, y por lo tanto, tampoco podamos afirmar que el sujeto *realizó* el tipo objetivo, por una sencilla razón: no alcanzó a ser una acción que importara al derecho penal. De esta manera, es necesario señalar que contrario a lo postulado por las críticas elaboradas por la doctrina mayoritaria, no considero que se haya subjetivado la acción, por el contrario, se ha objetivado el dolo. **El dolo, en Welzel, hace parte de un espectro naturalmente objetivo: la acción.** La designación de un espacio de análisis en el tipo subjetivo es simplemente parte de una *cuadratura* necesaria para solución de problemas de intervención y coautoría, pero lo cierto es que en su esquema: quien no tiene dolo, tampoco podría realizar el tipo objetivo, porque no tiene conducta.

Por otro lado, el profesor Welzel afirmó que una de las razones por las que el dolo se precisa en la concurrencia del análisis típico es que el injusto debe ser personal, y no genérico, a fin de dar un mayor desarrollo de principios como el de culpabilidad y responsabilidad individual. Sin embargo, esto posee al menos dos inconvenientes: i) el injusto es personal sin la necesidad de acudir al dolo, muestra de ello es que una conducta típica, según lo visto en los esquemas anteriores, puede estar justificada para una persona y no justificada para otra y ii) tal como se señalaba anteriormente, el legislador se encuentra en la necesidad de crear fórmulas jurídicas abstractas, hechos generales, que se encontrarán llenadas en el caso concreto bajo los hechos particulares, un entendimiento apenas mínimo de la actual configuración de la teoría de las normas, daría para señalar que no porque el hecho genérico o *en abstracto* contenido en la norma prohibitiva se formule frente a la realización del espectro objetivo, deja de ser personal la realización del mismo.

Otro problema que recae principalmente en el esquema finalista se encuentra bajo la afirmación consistente en que el tipo es la descripción de la *conducta* prohibida por el estado, y que esta conducta, o mejor, la descripción de la *acción* debe contener el mensaje social disuasivo. Sin embargo, esto no es del todo cierto: el resultado hace parte de una valoración ineludible que se realiza en el tipo penal. Este último viene siendo la técnica legislativa empleada por el ente encargado de la producción de la norma jurídica para configurar la parte especial del delito.

Conforme a lo anterior, sería inaceptable señalar que el tipo constituye el mensaje disuasivo del estado frente al ciudadano, es el delito en sí mismo el que tiene que constituir dicho mensaje. El sujeto debe comprender, entender y comportarse de acuerdo con la norma de determinación, esta no queda sujeta solamente a la expresión típica, si así fuera, el sujeto debe determinarse de acuerdo a una norma que le dice que en *todo momento* le está prohibido matar, por lo que no podría ejercer la legítima defensa, al menos por la disuasión que ha recaído sobre él. Incluso, quienes no somos destinatarios directos de la norma penal, debemos entender qué le está prohibido y qué no al congénere, precisamente, debemos conocer que si una persona está en un claro estado de incapacidad mental que impida la comprensión de la ilicitud de su actuar o la capacidad de actuar conforme a la comprensión existente, sus acciones serán exculpidas, precisamente por representar, entre otras, un severo peligro.

¿Por qué entonces, el profesor Welzel postula la teoría de la acción final? Precisamente por la crítica realizada frente a los esquemas causalistas: es una fórmula para delimitar la imputación al sujeto, en el plano del tipo. Ninguno de los esquemas causalistas, es decir, ni clásicos ni neoclásicos, contaron con un sistema de pensamiento que les permitiera reducir la imputación de la *acción* y la producción del resultado, de forma tan eficiente como lo realizó el esquema finalista. Contar con el dolo en el tipo hizo viable declarar como atípica aquellas conductas que no hayan sido *creadas* bajo una anticipación del fin propuesto. Esto es, la creación de una depuración de imputación a los sujetos, lo que

implicaba que ya no había que declarar como injustas estas conductas para solucionarlas como un tema de *reproche* o conexión *psicológica* en la culpabilidad.

Hoy, la solución, como se verá bajo el estudio del sistema funcionalista, radica en la imputación objetiva. Es precisamente los baremos de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la realización de ese riesgo en el resultado lo que permitió la limitación de la causalidad conforme lo criticaba el mismo Welzel, por lo que habrá de manifestarse que su intento, en aquel momento, fue un verdadero acto plausible frente al encuentro de una inconformidad rotunda: la atribución de la responsabilidad en la realización del tipo. Sin embargo, su tesis de la acción final debería ser contada, como uno de los intentos primigenios de limitación de las teorías de la causalidad, que venían elaborándose desde aquel entonces (Barajas Conde, Pelaez Mejia, & Silva Reyes, 2013).

Por último, habrá de decirse que en efecto, como lo señalaría la doctrina de forma posterior al nacimiento del finalismo (Roxin, Derecho penal parte general, fundamentos. La estructura de la teoría del delito, 1997) (Jakobs G. , 1998), las consecuencias dogmáticas de la fundamentación del sistema finalista si contribuyeron a la solución de múltiples problemas como la participación, la tentativa y el error. Particularmente, la separación del dolo frente a la conciencia de la ilicitud era un paso que había que dar tarde o temprano: como se verá, no puede justificarse una equivalencia entre errar en un supuesto normativo y errar en un supuesto fáctico, la sanción del estado no puede ser la misma frente a quien no sabe lo que hace, que frente a quien sabiendo lo que hace, mediante la omisión de un deber normativo fundamental de todo ciudadano, desconoce que está prohibido.

3.4. El esquema funcionalista.

3.4.1. Fundamentos dogmáticos del esquema.

Debido a las múltiples variables que el funcionalismo ha suscitado en el estudio del derecho penal alemán, cada una de ellas caracterizada por sutiles variaciones entre las diferentes corrientes del pensamiento dogmático (Silva Sanchez, 1992), a efectos de la presente investigación se limitará el estudio a las dos *versiones* más conocidas y que podrían llamarse *tópicas* del funcionalismo: la corriente moderada del profesor Claus Roxin y la corriente radical del profesor Günther Jakobs.

De esta manera, iniciando con el análisis de los fundamentos del funcionalismo *moderado* será necesario partir de, al menos, cuatro premisas fundamentales. El primero de ellos es que se parte de un pensamiento *teleológico-racional y funcional*, con base en el cual se entiende que la realidad empírica o la *materia* producida previamente se convierte en un límite al mismo derecho penal, debido a que la elaboración jurídica no podría negar, o ir en contra de, las estructuras del mismo *ser*.

En segundo lugar, la propuesta del profesor Roxin se basó en estudiar el concepto de dogmática jurídico-penal a partir de los criterios de política criminal; por lo que, delito será, en principio, aquello que responda de forma eficiente a las necesidades político-criminales; lo que conlleva a su vez, la formulación de una teoría del delito con miras a suplir las finalidades modernas de las teorías de la pena.

En tercer lugar, podría señalarse que son tres criterios, o premisas, los que configuran, delimitan y soportan el pensamiento dogmático del profesor Roxin: i) el sistema penal debe orientarse al cumplimiento de las finalidades de la política criminal, es decir, debe cumplir una *teleología* común, ii) el sistema penal debe poseer un orden conceptual en cada una de sus categorías internas, y las mismas deben ser esbozadas con claridad, a fin de formar una estructura coherente y **racional**, y iii) el sistema penal no puede ser ideal, o al menos ajeno a la realidad que aparece como dada en el contexto social, por esta razón, debe ser **funcional**.

Por otro lado, una de las principales características del sistema de pensamiento funcionalista es precisamente el carácter *consecuencialista* que se encuentra impreso en la configuración de sus estructuras, esto es, cada una de ellas se encuentra orientada con la consideración previa de las consecuencias que las mismas pueden generar en la realidad a la que se aplicarán. Por supuesto, el sistema Roxiniano no deja de lado el modelo valorativo que implica la existencia de garantías mínimas, tanto materiales como formales, que permiten la realización limitada del derecho penal.

Por último, la finalidad impresa en la formulación dogmática de Roxin, particularmente frente a la lectura del derecho penal como elemento derivado de las pretensiones de la política criminal debe comprenderse a partir de lo que se entiende por política criminal en el pensamiento del mismo profesor. Este concepto para Roxin se aparta claramente de las consideraciones, que como se verá en el siguiente capítulo, se haya planteado Franz von Liszt, por lo que para Roxin, política criminal no será simplemente el cumplimiento del efecto preventivo y especial de la pena, sino que será “la totalidad de los aspectos valorativos, según la Constitución Política y la legislación penal, que sean determinantes en la fijación y configuración tanto de los presupuestos de punibilidad como también de las sanciones” (Pelaez Mejía & Quintero Jaimes, 2020, pág. 175).

Lo anterior implica que, principios derivados de la lectura penal de la constitución, como la legalidad, estricta tipicidad, culpabilidad, responsabilidad individual y demás, sean tenidos en cuenta como un propósito hacia el cual deba dirigirse la configuración dogmática del delito; lo que permitiría manifestar a Roxin que el derecho penal no solamente se basa en el combate del estado contra el delito, sino que debe ser realizado con la utilización de los medios autorizados por un Estado de Derecho (Roxin, Política criminal y sistema de derecho penal, 2002). Con base en lo anterior, puede evidenciarse entonces que las categorías

dogmáticas de su sistema de pensamiento se encuentran directamente relacionadas con la existencia de una premisa constitucional que termina siendo la fuente del criterio de política criminal; muestra de ello es que el concepto de injusto, obtiene su fundamento en la finalidad del derecho penal, mientras que la *responsabilidad*¹⁴, se encuentra claramente derivada de la necesidad preventiva de la pena o los criterios de prevención, tanto en su versión general como particular.

Además, implica que el concepto del delito en el funcionalismo del profesor Roxin sea una acción típica, injusta y producida por un sujeto responsable. Esto, sin dejar de lado la necesidad de la protección de bienes jurídicos, lo que conlleva una elaboración normativa y valorativa en el mismo injusto. Debe advertirse que esta protección de bienes jurídicos en el sistema de pensamiento Roxiniano no es absoluta, pues se encuentra limitada bajo los principios de fragmentariedad y prohibición de exceso, así sería explicado de forma más coherente:

La tarea del derecho penal consiste en la protección subsidiaria de los bienes jurídicos. El principio de subsidiariedad encuentra su fundamento de teoría estatal en la prohibición del exceso: según esta prohibición el Estado no puede restringir la libertad de los ciudadanos más allá de lo necesario para el aseguramiento de la paz y la libertad (Roxin, 2016, pág. 114).

Con base a esto, resulta forzoso concluir, en cuanto al modelo de pensamiento del profesor Claus Roxin, al menos dos conceptos: el primero de ellos es que debido a que el fundamento político-criminal del injusto es la protección **subsidiaria** de bienes jurídicos, se encuentra prohibida toda criminalización – primaria o secundaria – de conductas que tiendan a la protección de instituciones meramente *morales*¹⁵, y además de ello, surge necesaria, como lo fue, la creación de una teoría de imputación objetiva que permita el análisis del comportamiento del sujeto, determinando de manera previa a su atribución, si este ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado y con ello ha realizado el resultado lesivo del bien jurídico, limitando de esta manera los criterios de imputación que anteriormente se habían estudiado.

Y el segundo, se refiere a que debido a la introducción del criterio político-criminal de la *prevención* como finalidad de la pena, la categoría dogmática de la culpabilidad sufre una modificación sustancial, debido a que para poder justificar la aplicación de una consecuencia jurídico-penal a un comportamiento objetivamente imputable debe verificarse entonces, en primer lugar la culpabilidad del sujeto y *necesidad preventiva de la imposición*

¹⁴ Se explicará que en el sistema penal del profesor Roxin, existe una supra-categoría dogmática denominada responsabilidad que abarca la culpabilidad y la necesidad preventiva de imposición de la pena.

¹⁵ Marcada diferencia con el pensamiento de los profesores Mezger y Welzel

de la pena, lo que dará lugar al lleno de la supra-categoría de “responsabilidad”, que entre otras cosas, es la única que habilita la punición del ciudadano en el pensamiento del profesor Roxin.

Ahora, habiendo analizado, en lo necesario, la posición funcionalista moderada de Roxin será necesario realizar un análisis a la posición *radical* del profesor Jakobs. En esta formulación teórica se encuentran varios aspectos a resaltar; el primero de ellos será la clara fundamentación que adopta el profesor de Bönn en los postulados de sociológicos de Luhmann y las precisiones filosóficas de Hegel (Jakobs G. , 1997).

Entonces, por un lado su lectura de la teoría de los sistemas de Luhmann (Urteaga, 2010) conllevó a la diferenciación de roles, negó la importancia de la distinción analítica de las categorías dogmáticas y propendió por la elaboración de un sistema total del delito, principalmente abordado por la imputación al tipo objetivo; mientras que por el otro, su lectura de la teoría de las normas de Hegel, llevó a considerar que el sentido, o mejor, la finalidad del derecho penal consiste en la confirmación de la vigencia de la norma, y no precisamente en la protección de bienes jurídicos.

Este último, puede explicarse de forma simple mediante el siguiente ejemplo: El estado afirma la existencia de la norma que prohíbe el homicidio, en otras palabras, el estado afirma “no matarás”, por otro lado, el sujeto A da muerte al sujeto B, esto es *niega* la norma de prohibición, en efecto, el sujeto mata (no no-mató), esto conlleva, para Roxin, siguiendo a Hegel, la negación misma del estado a través de sus normas, por lo que el único remedio será la aparición de la pena, como mecanismo de reafirmación de la norma estatal. Entonces ¿cuál es la finalidad del derecho penal en el funcionalismo radical? Reafirmar la norma que el ciudadano negó, eso si, sin preguntarse qué norma, puesto que tal menester será cuestión de la organización política y legislativa de turno.

Por último, el profesor Jakobs toma una corriente totalmente diversa a la iniciada por el profesor Roxin, al considera que la elaboración de la teoría del delito no debe corresponder a las finalidades de la política criminal, sino a una vinculación estrecha con la sociología jurídica, que será la encargada de enseñar al jurista la ordenación de las estructuras sociales, y la forma en la que el delito debe organizarse para responder a las mismas de forma coherente (Jakobs G. , 1997).

Este entramado de construcción dogmática hace que el profesor Jakobs elabore su sistema dogmático a partir de los fundamentos obtenidos del análisis de las estructuras sociales y de la teoría de las normas antes expuestas. Entonces, como las categorías dogmáticas, en este modelo, no pueden derivarse de los datos ontológicos, sino de instituciones jurídicas previamente modeladas, se renuncia a la justificación del injusto y la

culpabilidad a través de estructuras lógico-objetivas y se busca en la función y finalidad del derecho en *sí* mismo, lo que no es otra cosa que garantizar la identidad de la sociedad.

El profesor Jakobs en su obra “Imputación juridicopenal: desarrollo del sistema a partir de las condiciones de vigencia de la norma” explica con claridad que una sociedad, antes de estar compuesta por personas, se encuentra compuesta por normas jurídicas que regulan el comportamiento de las mismas (Jakobs G. , 1998), esto justifica que la misión del derecho penal sea entonces la estabilización de esas normas de comportamiento que mantienen la existencia misma de la sociedad. Es precisamente esto, lo que hace que el profesor Jakobs intente desmontar el estudio estructurado a través del injusto y de la culpabilidad de la conducta punible, adecuando así su configuración dogmática a los postulados mínimos requeridos para el entendimiento de punible como norma con finalidad estabilizadora de la sociedad, pues esta concepción tiene grandes repercusiones en la concepción del dolo y de la culpabilidad.

Debido a que la estructura de la sociedad y la finalidad de la pena son los dos factores que configuran – de los cuales se derivan – los criterios de punibilidad de las personas, debe analizarse como contribuye cada uno de ellos, de manera independiente en el modelo de pensamiento radical del funcionalismo.

En primer lugar, puede entenderse que de la *estructura social*, el profesor Jakobs deriva i) los criterios de atribución de la responsabilidad como consecuencia de la competencia por organización y de la misma competencia institucional, señalando la diferencia de criterios de exigibilidad de deberes, que dependen del rol que se ejerza en la sociedad; ii) la concepción de la teoría de la imputación objetiva como un mecanismo de verificación de la realización de un acto *comunicativamente relevante* (Jakobs G. , 1997) y iii) la reformulación del concepto de bien jurídico, entendido entonces como los mecanismos normativos que permiten a la sociedad mantener intacta su identidad, que está dada previamente por las normas¹⁶.

En segundo lugar, de la *finalidad de la pena*, que en Jakobs coincide con la teoría de la prevención general positiva (Lesch, 2016), lo que le hace considerar, a partir de la lectura de Hegel con la concepción normativa y sociológica de Luhmann, que la pena se encuentra requerida en aquellos casos en los que la desestabilización normativa se encuentre ocasionado por un sujeto y se requiera *comunicar* un mensaje a la sociedad: el ordenamiento

¹⁶ Para el profesor Jakobs, a una sociedad la identifican las normas y el modelo normativo que se encuentre en vigencia. Por esto, una sociedad liberal, tendrá un modelo normativo con ciertas garantías, prerrogativas y libertades que una sociedad conservadora no tenga. Incluso, cuando el modelo normativo no coincida con la realidad de la sociedad, se entenderá una sociedad fracturada, que tiene que regirse por un modelo normativo diferente. La sociedad creada por el modelo normativo anterior habría muerto.

jurídico permite la estabilización del derecho, por esta razón, el ciudadano puede confiar en él, y de hecho, debe hacerlo.

Lo anterior explica las diferencias, por ejemplo entre las expectativas *cognitivas* y *normativas* en el pensamiento de Jakobs. Las primeras de ellas son las que el hombre se realiza frente a los acontecimientos de la naturaleza, es decir, figuras como la gravedad, la inercia y leyes elementales del acaecimiento natural, normalmente cuando estas son erradas, el ciudadano lo que hace es cambiarlas, es decir, modificar la concepción que tenía sobre la naturaleza, un buen ejemplo sería aquel que considere que puede manejar sobre hielo y se accidenta al hacerlo: lo que ocurriría con regularidad será que el sujeto modifique su pensamiento a través de un aprendizaje rústico de las leyes de la adhesión y los fluidos; por otro lado, las expectativas normativas en las que se tienen ante el derecho, que se encuentran representadas en la vigencia de la norma y su propio cumplimiento; estas en cambio, no pueden ser modificadas por el hombre, ni siquiera ante la presencia de un delito, debido a que en su pensamiento, la aparición de la pena, compensa el desnivel existen, afirmando la presencia del estado y de la vigencia misma de la pena.

3.4.2. *El discurso del dolo: ubicación y contenido.*

Para analizar el discurso sobre el dolo en el sistema funcionalista será menester partir del mismo análisis realizado anteriormente, es decir, diferenciar las consideraciones del funcionalismo moderado de Roxin y las del funcionalismo radical de Jakobs. Esta distinción sigue siendo pertinente debido a que las consideraciones anteriores sobre la fundamentación de cada modelo de pensamiento afectan de una u otra manera el discurso sobre el contenido y ubicación del dolo.

De esta manera, se iniciará entonces con el análisis del discurso sobre el dolo elaborado por el profesor Roxin en su obra, que además consiste en un desarrollo de los postulados dogmáticos del funcionalismo en sí mismo.

Entonces, al consultar detalladamente la obra del profesor Roxin puede evidenciarse que existe un fuerte rechazo a la teoría de la acción final propugnada por el profesor Welzel, y de incluso, las teorías eclécticas que intentan dotar de un contenido axiológico o valorativo a estas instituciones dogmáticas (Gallas, 1959); **sin embargo**, se acepta el cambio estructural dado por la teoría de la acción final. Así lo explicaría el mismo Roxin:

Esta síntesis se caracteriza en la mayoría de los casos por rechazar la teoría final de la acción como teoría de la acción, pero asumiendo su consecuencia sistemática más importante, o sea el traslado del dolo al tipo subjetivo (Roxin, 1997, pág. 202).

Para el profesor Roxin varios son los argumentos que pueden tenerse a bien para no atender los postulados *ontológicos* de la acción final, tales como la necesidad de decisiones valorativas en el ordenamiento jurídico, la incapacidad de explicar los hechos imprudentes, y la insuficiencia presentada en los delitos de omisión.

No obstante, son más aún los postulados que le permiten ubicar el dolo en el aspecto subjetivo del tipo de forma *independiente*, si bien es cierto acepta que fue la evolución dada por el finalismo la que *puso* el dolo en el análisis del tipo, considera que acierta en unos aspectos, como por ejemplo la necesidad sistemática de analizar el dolo previamente a los elementos subjetivos especiales (crítica ya realizada en esta obra), también lo es que rechaza el **fundamento** dogmático que justificó en Welzel dicho traslado (Roxin, 1997).

Por esta razón, el profesor Roxin recoge, o elabora, *cuatro* argumentos con los cuales pretende demostrar que aunque los fundamentos brindados por el profesor Welzel para estudiar el dolo en el tipo subjetivo son equivocados, aún persisten argumentos *contundentes* que hacen forzosa la misma conclusión. Estos son:

Primer argumento: Si el tipo penal tiene la función de *tipificar* “el contenido del merecimiento de pena del correspondiente delito”, sería imposible no estudiar el dolo a efectos realizar una *perfilación* del tipo delictivo. Explicó el profesor Roxin que no es idéntico unos daños dolosos a unos culposos, por ejemplo, estos últimos resultan impunes en la legislación alemana. Por lo que estas figuras, como las formas de autoría, que están dispuestas para la actuación dolosa, perderían sentido sin el análisis del tipo.

Segundo argumento: La tentativa presupone el dolo. Con esto, el profesor Roxin expone que la diferencia entre los diferentes tipos penales que pueden realizarse cuando un sujeto dispara un arma de fuego, radica en la cuestión de a dónde dirigió su voluntad y cuál era su querer. Con base en esto, crítica a las anteriores corrientes del pensamiento penal que realizaban una doble ubicación del dolo a efectos de justificar la tentativa (cuando se trata de tentativa el dolo se estudia en el tipo y cuando es un delito consumado, en la culpabilidad).

Tercer argumento: La gran mayoría de los tipos penales se encuentran redactados, en la formulación del verbo rector, de forma *final*. Según esto, formulaciones típicas como “apostarse o acechar la caza”, “ofrecer resistencia” o “agredir por vías de hecho”, incluso “simular” son redacciones típicas que poseen características que incluyen la conciencia y la voluntad del sujeto. Un ejemplo que podría utilizarse para esto en la ocurrencia legislativa colombiana sería el delito de concierto para delinquir, que en su redacción señala como prohibido que varias personas se *concierten con el fin de cometer delitos*¹⁷.

¹⁷ Se verá más adelante que este “fin de cometer delitos” no es un elemento subjetivo especial sino un elemento subjetivo objetivado.

Cuarto argumento: Si los elementos subjetivos especiales, se encuentran en el tipo, connaturalmente, el dolo debe encontrarse de forma previa a ellos. Este argumento parte de las siguientes premisas: i) el elemento subjetivo especial es una consagración típica sobre el ánimo particular del sujeto, sin el cual no puede realizar el tipo a nivel subjetivo, ii) no puede concebirse un elemento subjetivo especial sin haber entendido como configurado el dolo previamente, esta crítica ya se vio realizada en líneas anteriores, por lo que, iii) “lo que es presupuesto necesario de un elemento del tipo, también ha de pertenecer como tal al tipo” (Roxin, 1997, pág. 310).

Por último, el profesor Roxin realizó una delgada distinción entre los elementos subjetivos del tipo, y los elementos subjetivos de la culpabilidad misma. En consideración del profesor Roxin, el tipo está compuesto por un elementos subjetivos especiales que podrían ubicarse bien el tipo o bien en la culpabilidad, y esta delimitación debe realizarse de acuerdo a criterios previamente establecidos y derroteros claros, siendo imposible señalar simplemente que *todos* deben hacer parte del injusto debido a que “fundamentan o refuerzan el juicio de desvalor social”, tal como afirmara Welzel, principalmente porque en consideración del profesor Roxin **“el juicio de desvalor social no distingue entre injusto y culpabilidad”** (Roxin, 1997, pág. 311).

La clave para determinar cuándo un elemento subjetivo hacer parte del injusto y cuando de la culpabilidad en el pensamiento de Roxin radica en la referencia que este realice al tipo delictivo. Entonces, el elemento subjetivo especial será parte del tipo cuando se refiere directamente a el bien jurídico, la forma de su menoscabo, las tendencias relevantes para el injusto y por otro lado, será parte de la culpabilidad cuando se refiera a el móvil, los sentimientos o las actitudes internas que deba tener el sujeto, formuladas de forma independiente al tipo. Un ejemplo de esto podría ser el motivo abyecto o fútil que se establece como agravante en el ordenamiento jurídico penal colombiano.

De esta manera, el profesor Roxin dejada sentada su posición sobre la concepción del dolo, que puede resumirse en: dolo como conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo, estudiado, de forma predominante en la tipicidad subjetiva¹⁸.

Ahora, pasando a la versión más radical del funcionalismo, el profesor Jakobs expone que el dolo, entendido como componente de la acción en realidad es un *vástago* de la inevitabilidad de la conducta, que nace bajo finalidades claramente jurídico-penales como producto de la confrontación entre una situación de motivación real y una situación

¹⁸ Esto debido a que algunas formas de aparición especial del delito conllevan a que el profesor Roxin dinamice su propio sistema, llegando a afirmar un dolo especial para las justificantes y otro para la tentativa, que vendría, incluso, antes de la misma realización del tipo.

motivacional de carácter hipotético (Jakobs G. , 1997, pág. 376); dejando claro que lo verdaderamente relevante para el derecho penal es el “*output*” del sujeto, por lo que el averiguar cómo se produjo el mismo no es de interés para el injusto, y tampoco lo es de forma exhaustiva para la culpabilidad.

La fundamentaciones teóricas que soportan el andamiaje del funcionalismo radical, poseen unas repercusiones de gran calado cuando se trata de la fundamentación del *dolo de tipo* y la *imprudencia de tipo*. Esto, porque en tal sistema, el autor doloso tiene una concepción racional y correcta a nivel científico-natural de cómo funciona el mundo, lo que le permite concebir un mundo posible, lo que a la vez convierte a su conducta en amenazante frente a la configuración social, mostrándole una alternativa que puede producirse en la realidad; en cambio, quien actúa imprudentemente está en contravía de un concepto reconocido y general de cómo funciona el mundo, principalmente el que reza que “es mas ventajoso considerar cuidadosamente las consecuencias de una conducta y evitar la conducta irreflexiva, que largarse espontáneamente y dejar sobrevenir todo lo demás” (Jakobs G. , 1998).

Al dar lectura a la obra el profesor Jakobs puede entenderse la renuncia a la concepción finalista de la acción, por considerar irracional la fundamentación punitiva en procesos de carácter psicológico; lo único que es necesario consultar es el conocimiento de la función de ordenación racional del mundo; un ejemplo interesante esbozado es aquel mediante el cual explica que no se justifica, por ejemplo, variar la pena frente a quien conduce su vehículo por “entre los charcos, y no piensa en las consecuencias para los peatones, porque eso no le interesa”; frente a tal sujeto, manifiesta que de manera alguna está contradiciendo la concepción imperante del ordenamiento natural del mundo, sino que se trata de una “consideración deficiente”. Por esta razón, no tendría sentido justificar un tratamiento desigual frente al dolo, básicamente porque quien opta por un mundo posible (contrario a la vigencia de la norma), no merece una pena diferente a la del autor doloso.

El profesor Jakobs realiza una senda crítica a la concepción generada por el causalismo, indicando que el **sentido social de la conducta no puede interpretarse de una simple anticipación psíquica de la causalidad**, dado que esta resulta inane para la construcción del símbolo de rebeldía y apartamiento que supone el acto criminal. Más precisamente, señala el profesor de Bonn que el significado verdadero de una conducta, radica en “su posición en el contexto social” (Jakobs G. , 1998, pág. 41), es decir, la capacidad de proferir un hecho verdaderamente comunicativo frente a la estructura social vigente, aspecto del cual precisamente se encarga la imputación objetiva del comportamiento típico. Sin embargo, esta no puede considerarse como la única base de la responsabilidad penal,

puesto que, su única función es la de atribuir la competencia para responder por un acontecimiento¹⁹, no la de encontrar las situaciones particulares del sujeto.

Dentro de este concepto, el profesor Jakobs considera, por ejemplo, que el error inevitable de tipo se analiza como la imposición de la naturaleza del mundo frente al entendimiento de la persona; que termina siendo, no más que un simple instrumento que actúa de forma mecánica. Este sujeto, es incapaz, de determinar su conducta frente a una posición que afecte el ordenamiento jurídico, precisamente porque carece de la posibilidad de entender la naturaleza de la forma en la que se le manifiesta, volviéndose así, todo menos una persona en capacidad de transmitir un mensaje contrario al ordenamiento jurídico que ha sido dado. De esta manera, puede observarse cómo el sistema de pensamiento funcionalista radical echa por la borda la concepción psíquica del dolo, de la siguiente manera:

“en tanto se trate de hechos o disposiciones psíquicos – saber o poder saber-, estos serán, como meros hechos y disposiciones subjetivamente psíquicos, sencillamente carentes de significado, existen o no existen, eso, *per se*, no significa nada. Tales circunstancias cobran significado recién cuando son separadas de una consciencia individual, y concebidas como parte de un proceso comunicativo. Con referencia a un significado delictivo, esto quiere decir: dolo e imprudencia, conocimiento y congoscibilidad del ilícito, no son partes de una conducta delictiva en su carácter de hechos y disposiciones de una consciencia, sino como sucede también con la causalidad o la causalidad hipotética, en el de portadores externos -ciertamente necesarios- del significado de la conducta, por tanto, como portadores de símbolos” (Jakobs G. , 1998, pág. 50)

Por esta razón, la relación del sujeto con el hecho no se vuelve en el funcionalismo radical algo que considerar como fundamento del tipo subjetivo, sino que se convierte en un símbolo, quizá un repositorio de lo verdaderamente importante, la intensión de comunicación de la conducta contraria a la norma estable en la sociedad. Por esto, el funcionalismo radical encuentra su mérito en una verdadera renuncia de carácter psicológico frente a los hechos e inicia con un proceso de normativización pura del dolo que vendrá a tener repercusiones posteriores, en las tesis de Heiko Hartmut (Lesch, 2016), e incluso, en Colombia, con Reyes Alvarado.

3.4.3. Crítica.

¹⁹ El término se emplea de manera genérica tal como lo utiliza el profesor Jakobs, debido a que existen, en su teoría, cuatro posibilidades de solución: la atribución al autor potencial, la atribución de la víctima, la atribución a un tercero, o de forma residual, al *infortunio*.

En el presente acápite se abordarán en primer lugar, las críticas realizadas de forma general al sistema de pensamiento funcionalista, tanto en su versión moderada como radical, que precisamente llamaremos genéricas; y en seguida se concretarán algunas críticas particulares al modelo de pensamiento moderado y radical, por separado.

Así, lo primero que se ha criticado es la creación de una teoría del delito con pretensiones científicas y supranacionales de la dogmática, lo que ha descontextualizado la misión del derecho penal y la función de la teoría del delito frente a la configuración del mismo ordenamiento jurídico (Silva Sanchez, 1992).

En segundo lugar, la constante dinamización y volatilidad de las estructuras dogmáticas de los esquemas funcionalistas, que atendiendo a criterios particulares y argumentativos podrían ubicar conceptos iguales en dos o tres posiciones diferentes, como ocurre como el dolo en el tipo y en la justificante, o los elementos subjetivos especiales en el tipo y en la culpabilidad, ha generado la impresión de un retroceso dogmática en contra de la función sistematizadora de las categorías del delito, que a la vez se encargan de brindar coherencia y claridad al sistema.

Como tercera crítica genérica a los sistemas funcionalistas se tiene que la maleabilidad de sus categorías dogmáticas propicia un escenario de inseguridad jurídica, debido a que la persecución de criterios político-criminales por un lado, y de reafirmación de la norma vigente por otro, hacen que no haya un baremo objetivo y estático que brinde de seguridad e inmutabilidad al concepto de derecho penal, quedando expuesto a manipulaciones políticas que dependerán del gobernante de turno (Silva Sanchez, 1992).

Por otro lado, frente al sistema funcionalista moderado se tiene que se le ha criticado no ser un sistema funcionalista e realidad, puesto que se desconoce qué función acoge. Esto es, debido a la tripartición de características que orientan al mismo: valoraciones, consideraciones teleológicas y empirismos. Lo cual niega, o al menos traiciona el concepto unitario de derecho que conlleva la formulación de una propuesta metodológica en el sistema penal (Salas , 2015).

Así mismo, se acusa al sistema funcionalista de Roxin de evadir la cuestión fundamental acerca de la persecución de los valores o criterios de política criminal en la formulación de su teoría, y esta es ¿qué criterios de política criminal deben perseguirse? (Salas , 2015) Bajo qué cánones fundadores de la política criminal deberá erigirse la teoría del delito, además de esto, podría pensarse que figuras elementales de su esquema – particularmente algunas garantías penales – entonces, quedarán sujetas a los criterios constitucionales y legales que se desarrollen como una nueva posición estatal frente al delito, lo que borraría de inmediato el esfuerzo realizado.

Por otro lado, frente a la configuración dogmática del profesor Jakobs, uno de los primeros críticos será Roxin, quien ante la pena como acto comunicativo que confirma la vigencia de la norma señalaría

cuando se separa el delito de la realidad social y se le evapora hacia una mera imputación de significados, se confunde la verdadera dimensión de la criminalidad. De este modo, queda inconclusa la tarea de gobierno social en el derecho penal (Roxin, 2010)

A parte de la crítica ya sentada frente a lo hermético, cerrado y oscuro del lenguaje que utiliza para expresar algunas ideas (Salas , 2015), lo que ciertamente repercute en la falta de entendimiento general por el resto de la doctrina de sus postulados, y a la vez repercute en un diálogo dogmático distorsionado, pues, tomar a Jakobs de fundamento para la construcción de una teoría, sería más que nunca, tomar la propia lectura de su sistema y no el sistema en sí mismo.

Por último, de forma individual será necesario señalar que uno de los elementos que más reproche merece al sistema de pensamiento del profesor Jakobs es el abandono y despojo total de la dignidad del sujeto, dejando este de ser un fin en sí mismo y convirtiéndose *literalmente* en una herramienta para la satisfacción del ordenamiento jurídico. Es este el punto de quiebre entre la humanización del derecho penal que tanta fuerza tomó con los pensamientos ilustrados de Beccaria y Feuerbach, pasando así, a un normativismo puro y frío que sacrifica al humano con tal de salvar el derecho, dejando así a la norma como una finalidad, que entonces existe para sí misma, y no para el hombre.

3.5. Variables adicionales.

Como variables adicionales a las expuestas en el presente recorrido histórico-dogmático y que pueden contribuir a la construcción completa del discurso acerca del dolo se estudiarán algunas consideraciones que si bien aportan al constructo del discurso, no hacen parte fundamental de las tesis principalmente expuestas que delimitaron la existencia de los esquemas tradicionales del pensamiento penal alemán.

En primer lugar, se encuentra un desarrollo del sistema finalista, realizado por Maurach & Zipf (Derecho Penal. Parte General, 1994), en donde se exponen argumentos que soportan el estudio del dolo en el campo del tipo subjetivo. Ellos pueden enunciarse de la siguiente manera:

- 1) La ubicación del dolo en la culpabilidad supone un rodeo innecesario que conlleva la falta de pragmatismo en el juzgador, a saber: el juez tiene que escudriñar en los diferentes problemas que contrae el tipo objetivo,

posteriormente determinar la valoración del injusto, y solo después de verificar que el sujeto es imputable, podrá llegar a la conclusión que cualquier sujeto – incluso lego – podría haber expuesto: no puede condenársele porque no tenía conocimiento de lo que estaba realizando. A esto lo asemejaron con vivir en un primer piso de una casa y guardar las llaves en el sótano.

- 2) La gran mayoría de los tipos penales se redactan de forma dolosa, lo que conlleva a un análisis constante de estos criterios anteriormente señalados.
- 3) El dolo es la imagen refleja del tipo objetivo, y como reflejo que es, lo natural o apenas lógico sería considerarlo como un componente inmediato a este, y no precisar su análisis después de las diferentes elucubraciones dogmáticas: el tipo objetivo es principalmente acción, resultado y causalidad, por lo que el dolo será conocimiento y voluntad frente a cada uno de estos.

En segundo lugar, la teoría defendida por el profesor Günther (Stratenwerth, 2017), consistente también en un desarrollo del sistema finalista elaboró los siguientes argumentos que deberán tenerse en cuenta:

- 1) La teoría de la acción final se basa en el análisis natural del acontecer humano, esto es, toma como base la reproducción natural de la acción del hombre, no necesariamente frente a la realización de tipos penales, y por esta razón, la descripción de la conducta prohibida debe abarcar la misma forma de realización final, por ser natural, y estar en el deber de corresponderle.
- 2) El ilícito significativo para el derecho penal no puede ser caracterizado de forma suficiente si se deja por fuera el análisis del dolo como componente subjetivo de la conducta, de lo contrario, se da un *aplanamiento* de los diversos grados de la ilicitud, esto haría ver que el homicidio por codicia no lesiona de forma más grave al bien jurídico que el homicidio culposos.

En tercer lugar, la teoría de la doble ubicación del dolo hace parte de la formulación ecléctica del profesor Gallas (Gallas, 1959), y seguida por Jescheck (Jescheck H.-H. , 2003) y Wessels (Derecho penal parte general, 1980) en Alemania, reproducida en España por Cerezo Mir (Cerezo Mir, 1981) y fuertemente criticada por el profesor Jesús María Silva Sánchez (Silva Sánchez, 1991) (Silva Sanchez, 1992). Esta tesis ha tenido una gran acogida en el sistema normativo alemán, tanto así que podría considerarse hoy como mayoritaria en la aceptación jurisprudencial, bajo su modelo de interpretación de leyes penales. Se ha confundido en muchas ocasiones con la formulación anteriormente expuesta por el profesor Roxin sobre la distinción que se realiza entre los elementos subjetivos del tipo y los elementos subjetivos de la culpabilidad, así también con la postura del profesor Roxin frente a la exigencia del conocimiento, o de un dolo especial que *aparece* en el análisis de la configuración de las causas de justificación.

Sin embargo, la tesis es clara: el dolo tiene una doble ubicación, esto es, se ubica al mismo tiempo en el tipo de injusto y en la culpabilidad (Gallas, 1959). Siendo necesario distinguir a la vez, dos sutiles variaciones que pueden comprenderse en este margen: la versión formal de la doble ubicación del dolo y la versión material de la misma, entendida como una actitud defectuosa del autor frente al injusto.

La versión formal de la doble ubicación del dolo consiste en que los elementos completos del dolo se repiten idénticamente en el tipo, como requisito para la configuración del injusto, y en la culpabilidad como forma, grado o aparición de la misma. Por otro lado, la versión material, afirma que solo los aspectos cognitivos del dolo se encuentran como parte del tipo subjetivo de injusto, mientras que los volitivos y motivacionales se encuentran como parte de la culpabilidad (Silva Sanchez, 1992).

El fundamento de esta postura consiste en la superación de los errores en los presupuestos objetivos de las justificantes. A pesar que este tema será abordado con suficiencia al esbozar la toma de postura en la presente investigación, es necesario aclarar que la doctrina se ha preocupado por la forma de aparición del error, por ejemplo, frente a los presupuestos objetivos de la legítima defensa justificante, como la justificante no hacía parte del tipo, ya se había afirmado la existencia de dolo cuando se llegaba a su análisis, por esto, *poner* un dolo posterior a la antijuridicidad, esto es, en la culpabilidad, superaría el problema permitiendo la absolución en caso de invencibilidad del error y la punición culposa cuando sea vencible y el punible lo permita, dejando así de lado la indeseable solución del error de prohibición.

Precisamente, este fundamento sería objeto de severa crítica por parte del profesor Silva Sánchez y de Muñoz Conde (Muñoz Conde, 2018), quienes insistirían que estas galimatías dogmáticas se encuentran justificadas solo por la solución *aparente* de un problema jurídico, y que repetir el análisis de los mismos hechos al interior de un sistema dogmático, se convierte en un grave error y un retroceso en cuanto a la sistematicidad y ordenación del método utilizado por el sistema penal.

Esta tesis también se encuentra en Colombia bajo la representación del gran jurista Juan Fernández Carrasquilla, quien señalara que

Dolo, culpa y preterintención juegan, en el nuevo ordenamiento penal colombiano, tanto en el tipo subjetivo cuando en la culpabilidad en sentido estricto o responsabilidad, adoptando así la llamada “teoría de la doble función” o de la “doble posición” del dolo, la culpa y la preterintención. Al fin y al cabo, al ser legalmente asumidos como “modalidades de la conducta punible”, ha de considerarse que dolo, culpa y preterintención se integran a todos y cada uno de los elementos de esta, entendiendo aquí por tales el injusto y la culpabilidad (como responsabilidad personal

y por merecimiento de pena, y no como juicio de reproche.” (Fernandez Carrasquilla, 2017, pág. 423)

Por otro lado, la tesis expuesta por el profesor Yesid Reyes Alvarado, mediante la que justifica el tratamiento del dolo como parte de la imputación objetiva, merece una exposición especial en el presente trabajo, pues tiene una relación directa con los problemas discursivos y argumentativos que deben evaluarse.

Entonces, el profesor Reyes Alvarado inicia por *aceptar* que uno de los argumentos que justificó – y justifica – el traslado del dolo al tipo (subjetivo) es que la selección de las normas penales, principalmente aquellas que requieren de la distinción dolosa y culposa, se hace imposible sin acudir la modalidad psicológica de la conducta, esto es, al dolo entendido como direccionamiento de la voluntad, es decir, el dolo es un requisito connatural a la determinación típica de la conducta y de forma correlativa a la selección del tipo penal a aplicar (Reyes, 2012).

Sin embargo, la concepción de la acción finalista de la acción poseía sendos yerros en cuanto a la configuración del delito imprudente, a efectos de la imposibilidad ya vista de explicar el direccionamiento de la voluntad, por lo que la imputación objetiva, principalmente, la acogida bajo los planteamientos de Jakobs, funge como criterio de atribución suficiente en el pensamiento del profesor Reyes, tanto para delitos imprudentes como dolosos, convirtiéndose así, en el juicio de atribución total frente al tipo.

Considera entonces que, la determinación del contenido de la imputación objetiva no depende de que los elementos de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la realización del riesgo en el resultado se encuentren *fuera* de la mente del sujeto, es decir, lo objetivo no es necesariamente lo que se encuentra lejos del pensamiento del ser humano, sino **“todo aquello que puede ser predicado de una persona en cuanto ser social obligado a comportarse de determinada manera en contextos específicos”** (Reyes, 2012, pág. 1016); y es objetivo precisamente porque estos modelos de conducta son *genéricos*, es decir, se reproducen de igual manera en cada uno de los sujetos, debido a que en cada tipo penal se representan de forma abstracta como modelo de comportamiento social prohibido, haciendo la precisión de que *la intencionalidad* del comportamiento no hace que pierda el carácter de objetivo, por una sola razón: es esa intención la que se prohíbe socialmente a *todos* los ciudadanos que se encuentran en una situación semejante.

Correlativamente, lo subjetivo en la tesis del profesor Reyes *no es* lo que está en la mente del sujeto, sino lo contrario a la expectativa que se predica del ser social obligado, esto es, **“lo que atañe a la persona en cuanto a individuo”** (Reyes, 2012, pág. 116), por esto, lo importante ya no es la exigencia genérica de este ciudadano en un contexto social, sino determinar si tenía la capacidad de comprender la exigencia y determinarse frente a ella, así

como analizar las motivaciones que lo llevaron a defraudar la expectativa del comportamiento social, todas estas precisiones que deberán hacerse a efectos de valorar si el ciudadano merece la imposición de la pena.

Partiendo de estos supuestos conceptuales, el profesor Reyes afirma que, debido a que en la imputación objetiva, un ciudadano puede crear un riesgo jurídicamente desaprobado sin suscitar por ello interés en el derecho penal, pues solo se trata de la inobservancia de parámetros conductuales que perfilan la actividad social, por lo que, la creación del riesgo jurídicamente desaprobado, no será suficiente para calificar la conducta como penalmente relevante, esta calificación está designada al segundo elemento de la imputación objetiva, es decir, a la realización del riesgo en el resultado.

Dejando claro que para Reyes no se trata de un resultado material o consistente en la mutación física del mundo²⁰, sino entendido como “**desconocimiento (quebrantamiento o infracción) de una norma penal**” (Reyes, 2012, pág. 1018), esto significa que el resultado en la tesis expuesta es una valoración jurídica, y no una producción física. Por esto, sería válido afirmar que todos los delitos tendrían un resultado común: infracción de la norma penal (la que variará dependiendo del tipo mismo), entonces ¿qué tiene que ver el dolo con esto? pues precisamente, la determinación de *qué* norma penal se ha realizado depende de la orientación del comportamiento del sujeto, es decir, permite que la pregunta ¿se orientó a la producción del resultado o este se debe a una actuación desprevenida o descuidada? Fundamente la selección o identificación de la norma vulnerada.

Adicionalmente a lo anterior, el profesor Reyes añade que este *dolo* deberá contener la conciencia de la ilicitud como un componente fundamental, puesto que nadie puede dirigir su actuación a la realización del tipo, sin conocer que el comportamiento desplegado es en esencia antijurídico. Para el profesor colombiano resulta inaceptable señalar que una persona puede orientar su voluntad a la realización de un tipo penal que desconoce el sujeto y que cualquier persona hubiese desconocido en su lugar, principalmente por el mensaje contradictorio que se envía, consistente en la *censura* de conductas cuya prohibición se desconoce. Esta posición dogmática conlleva a una conclusión valorativa frente al significado de la realización del riesgo en el resultado pues esto solo puede producirse por quien conoce la norma penal y se comporta de manera diversa socialmente a como le era exigible; además, al incluir la conciencia de la antijuridicidad en la naturaleza del dolo, vuelve a la solución unitaria de los errores en el derecho penal, haciendo ver que la distinción de punibilidad y la posibilidad de impunidad de ciertas conductas que no estén previstas como culposas por el legislador cuando se trate de un error vencible es solo una consecuencia de la adopción legislativa, y no una posición dogmática que merezca reproche (Reyes, 2012).

²⁰ Lo cual no se desecha, el profesor explica que existen tipos penales que requieren de su existencia para su plena configuración, incluso para la distinción de la tentativa misma.

En resumen: dolo será para Yesid Reyes Alvarado el conocimiento de los hechos, la dirección de la voluntad y la conciencia de la ilicitud como un componente de la realización del riesgo en el resultado en la imputación objetiva.

Por último se encuentra al profesor Fernando (Molina Fernandez, 2017) quien intenta demostrar que la ubicación del dolo en la culpabilidad será una conclusión razonable a partir de ciertas premisas que logra acreditar.

En primer lugar el profesor Molina señala que para aceptar el traslado inicial que realizara el finalismo del dolo al tipo subjetivo será necesario sortear dos problemas básicos: i) debe demostrarse que con el dolo se cumplen los requisitos del tipo de injusto y ii) debe justificarse por qué no se trasladan también los anteriores compañeros connaturales del dolo, esto es, imputabilidad y conciencia de la ilicitud. Considerando que ninguno de estos supuestos logra explicarse con satisfacción en los sistemas finalistas puros ni en las derivaciones realizadas posteriormente.

A saber propone dos postulaciones dogmáticas, la primera de ellas consiste en que la incorporación del dolo natural al injusto depende del concepto de injusto que se tenga, esto es, si se trata de injusto entendido como antinormatividad, será posible este movimiento, pero, teniendo que trasladar toda la culpabilidad, por poseer criterios normativos expresos (no hay injusto no culpable), y por otro lado, si se entiende como lesividad objetiva, el dolo, natural o malo, nada tiene que hacer en el injusto. La segunda consiste en explicar que ubíquese donde se ubique, el dolo solo puede ir después de la imputabilidad y antes de la conciencia de la ilicitud, lo que llevaría a pensar que la distinción entre dolo avalorado y malo resulta innecesaria y artificiosa; estas dos postulaciones se desarrollan, o mejor, se erigen, bajo los siguientes argumentos.

Parte de encontrar en la imputación subjetiva un requisito indispensable para la aplicación de la pena a partir de la concepción de la pena como una consecuencia jurídica aplicada a quien ha realizado una conducta prohibida por el derecho penal, pero *personalmente* evitable (Molina Fernandez, 2017); por esto, cualquier conducta que no pueda atribuirse a la mente del sujeto, no merece pena²¹. Así mismo, Molina afirma que todas las categorías de la imputación subjetiva se basan en mayor o menor intensidad en dos elementos: el conocimiento y la voluntad (o control voluntario).

De esta forma, la imputabilidad vendría siendo el *resumen* de la imputación subjetiva, basándose en la capacidad de cada uno de estos elementos: la imputabilidad en una gran

²¹ Es necesario diferenciar los sutiles límites que esto puede representar, como vimos, el delito imprudente suele ser la principal objeción a esta afirmación.

cantidad de ocasiones elimina la posibilidad de conocimiento en el sujeto; es decir, una causa de inimputabilidad puede fácilmente originar una forma de error sobre el tipo objetivo; sin embargo, con el sistema tradicional que ubica el dolo en el tipo, esto conllevaría a aceptar que el efecto se analiza antes que la causa misma. Por ejemplo, alguien que se encuentre en una grave intoxicación que anule la imputabilidad y por eso no *conozca* la realización del tipo. Tendríamos que afirmar el error de tipo (efecto), sin afirmar la inimputabilidad (causa).

Por otro lado, el profesor Molina afirma la incoherencia entre el dispar tratamiento actual que se le brinda al error de prohibición y al error de tipo. Toda vez que para él, en esencia, son idénticos a nivel valorativo, esto es, ninguno tiene mayor o menor relevancia o impacto jurídico que el otro, pero siempre en la doctrina, se ha mirado con mayor sospecha al error de derecho, sugiere que quizá esto se deba a la dificultad probatoria del último, guiada por la difícil credibilidad del mismo, y la común ocurrencia del primero: difícilmente un juez puede estar en error de prohibición, pero cualquiera, incluso el más docto, puede estar en un error de tipo.

Señala que toda persona que se encuentra en un error de tipo se encuentra a la vez en un error de prohibición, precisamente porque si desconoce la realización del tipo, desconoce la prohibición de su conducta. Esto es, ¿cómo puedo conocer que mi conducta está prohibida si no estoy conociendo la esencia misma de mi conducta?, por esto para Molina, el error de tipo es una *modalidad* del error de prohibición y a la vez, una forma de aparición de la inimputabilidad: el sujeto es *incapaz* de conocer la ilicitud de su actuar. Por lo tanto, esto lleva directamente a la aceptación de una teoría unitaria del error, en la que error de tipo y de prohibición tengan exactamente las mismas consecuencias, precisamente por ser el primero una forma del segundo.

Un argumento adicional que encuentra el profesor Molina es la por él denominada *intercambiabilidad* de los errores, esto es, lo que es un error de prohibición, dependiendo del contexto resulta ser un error de tipo, solo ante sutiles variaciones, lo que indica que la diferenciación no encuentra una justificación en cuanto a su naturaleza sino en cuanto su ubicación. Principalmente esta intercambiabilidad se da de forma constante en los *metadelitos*, esto es, delitos que se refieren, en su estructura, a otros delitos: injuria, calumnia, receptación, blanqueo de capitales, enriquecimiento ilícito, prevaricato, entre otros. Un ejemplo de lo anterior se encuentra dado en el siguiente caso: si un juez comete un delito, desconociendo su prohibición debido a una reforma emitida el día anterior a la comisión del mismo, se encuentra en un error de prohibición; en cambio, si el mismo juez, absuelve a un ciudadano con base en el mismo error: desconocimiento de la existencia del delito, está cometiendo un error de tipo sobre el elemento normativo de la conducta. Con base en esto, el profesor Molina concluye la ineficiencia de la diferenciación entre estas figuras, al no tener un soporte dogmático coherente.

Por otro lado, indica que la adopción del contenido o naturaleza de la antijuridicidad permitirá establecer en ella la inclusión o no del dolo, pero en todo caso, aparejada de la categoría dogmática de culpable de forma íntegra. Lo anterior, debido a que, si se adopta la antijuridicidad como un juicio de lesividad objetiva, se excluye la posibilidad de incluir en ella al dolo, por ser un criterio interno del sujeto y no permitir la contratación subjetiva del mismo, estando limitada a la comparación entre el resultado jurídico que se produce y la norma de determinación en cuestión, lo que justifica la llamada tesis de la diferenciación; en cambio, si se entiende a la antijuridicidad como antinormatividad, tendría que aceptarse la inclusión de la culpabilidad dentro del concepto de injusto, esto es la tesis de la integración, llegando así a la conclusión de que todo injusto es, de contera, injusto culpable.

Por último realiza un fuerte reparo al argumento mediante el cual se intenta justificar la pertenencia del dolo al injusto consistente en la imposibilidad de análisis de la tentativa. La objeción se entiende en el siguiente sentido: la peligrosidad de la conducta del agente depende de lo que objetivamente se encuentre realizando, o vaya a realizar, el sujeto, y esto a la vez, se encuentra establecido por su programa de acción, no precisamente por el concepto limitado del dolo natural. Es más, para justificar la tentativa, el dolo natural no tendría que estar en el tipo subjetivo, sino en el tipo objetivo, lo que no tendría sentido alguno conforme a las pautas establecidas por los mismos defensores del dolo natural. Por esto, no podría confundirse el conocimiento y voluntad de la *realización del tipo*, con los actos previos y ejecutivos tendientes a la realización del mismo (Molina Fernandez, 2017).

4. Deconstrucción discursiva de la culpabilidad

4.1.El esquema clásico.

4.1.1. *El discurso sobre el concepto de culpabilidad y sus elementos.*

Como pudo observarse en la redacción del capítulo tercero del presente trabajo investigativo, el esquema clásico ha concebido a la culpabilidad, a grandes rasgos, como una vinculación del sujeto con el acto ilícito a nivel **psicológico**; sin embargo, en el presente espacio se pretende ahondar en las razones de tal consideración, así como en los elementos totales que caracterizan a esta categoría dogmática.

Por lo tanto, si bien se ha analizado el dolo con suficiencia, en el presente capítulo se analizará la macro-estructura dogmática a la que pertenece, lo cual permitirá comprender de mejor manera porqué el dolo se analiza allí y cuáles son las consecuencias dogmático-jurídicas que tiene esta ubicación, así como la naturaleza misma del vínculo psicológico pregonado.

Para comprenderlo es necesario precisar que el profesor Liszt ha tomado el concepto de culpabilidad de la estructura del derecho privado, tal afirmación puede verse de forma más diáfana cuando afirma que la infracción criminal, al igual que la infracción civil “es un acto culpable” (Liszt, 1914). Por lo que, no bastaría solamente con afirmar que el resultado típico que se produjo pueda ser objetivamente atribuido a la manifestación voluntaria del actuar en el agente, sino que además debe “darse subjetivamente” esta atribución ¿cuál es el nexo que la une? La culpabilidad del autor. De esta manera, puede colegirse con facilidad que la culpabilidad termina siendo a la vez, un juicio de vinculación del autor con el hecho²². Si bien con el análisis del tipo, los precursores del esquema clásico podrían atribuir a una conducta voluntaria humana un resultado, no podían vincular esa conducta con la motivación del agente sin recurrir a la culpabilidad.

Por esta razón, al gran mayoría de doctrinantes catalogan este esquema como el nacimiento del concepto psicologista de la culpabilidad (Jescheck H.-H. , 2003), particularmente caracterizándose por el análisis de dos elementos.

El primero de ellos es la **imputabilidad**, la cual se analiza con base en el estado psíquico del autor (Liszt, 1914) (Luzon Peña, 2012), es decir, se analizan las facultades que posee el sujeto activo de la conducta a fin de determinarse *de modo general*, por las normas que hagan parte de su tráfico cultural, esto quiere decir, que no necesariamente se estudia esta facultad frente a la ley, sino que también frente a normas de carácter ético, moral, e inclusive religioso. Esto debido a que no se busca establecer, como se vio en el capítulo anterior, una relación directa del sujeto con la ley, sino con la prohibición en general, analizar si es capaz de determinarse frente a los conceptos prohibitivos mínimos en la sociedad, puesto que una vez superado este tamiz, el sujeto será *capaz* de ser culpable. Por esta misma razón, la imputabilidad ha sido concebida también como el presupuesto de la culpabilidad, toda vez que sin ella, sin esa capacidad ¿qué sentido tiene el análisis comportamental del sujeto a nivel psíquico?

En segundo lugar, se tiene la **imputación**, que básicamente se configura en el momento en el que puede verificarse que el autor conocía el significado antisocial del comportamiento voluntariamente desplegado, o según el caso, tuviera el deber de conocerla y la hubiese podido conocer. Básicamente, podría decirse que hay imputación cuando el sujeto activo no ha sido efectivamente determinado por la norma de prohibición, a pesar de su efectiva existencia y los deberes y facultades anteriormente señalados, lo que haría

²² Evidentemente, este juicio de vinculación se ve con fuerza arrastrado por las nuevas teorías de imputación subjetiva, que básicamente vinculan la creación de un riesgo, con el resultado, y por lo tanto será tarea del mismo análisis conocer si el autor en cuestión a creado o no el riesgo relevante para el mismo. Sin necesidad de ahondar en figuras de vinculación subjetiva. Este análisis será estudiado con profundidad en la obra del profesor de Bonn, Jakobs.

necesario el juicio negativo en su culpabilidad. Particularmente, como se vio, este juicio puede resultar de formas, bajo la figura del dolo o de la culpa. (Agudelo Betancur, 2011)

Precisamente, esta relación **psicologista** que pretende estudiar la culpabilidad en el sistema clásico se debe a que en el espectro objetivo no se cuenta con ningún criterio que vincule al autor con la conducta, puesto que sus mismos expositores – Liszt y Beling – indican que el injusto se entiende realizado con la mera intervención causal del sujeto, en un movimiento o *no movimiento* voluntario; por lo que el análisis psicológico del autor se vuelve un límite tajante a la responsabilidad objetiva absoluta.

Así para algunos autores que formaron parte de la construcción de este esquema, como el jurista Alexander (Löffler, 1895) citado en (Lesch, 2016), la culpabilidad resultaba siendo un conjunto de referencias penalmente relevantes de la *interioridad* de un hombre a un resultado dañoso con su acción, precisando que el profesor Löffler fue uno de los precursores en dejar de lado la antigua concepción espiritual del delito, coincidiendo en este esquema con que la ilicitud del actuar no depende de la actitud moral del sujeto. Así mismo, el profesor Kölrausch señala que la culpabilidad vendría configurándose como una *relación* subjetiva en que debe haberse encontrado un autor capaz con respecto a su hecho para que pueda hacerse responsable por este (Köhlrausch, 1910) citado en (Lesch, 2016).

Por otro lado, para precisar la delimitación del alcance de la culpabilidad en esta exposición dogmática, el profesor Liszt afirma con contundencia que la conciencia de la *ilegalidad* no es un “elemento esencial del concepto científico del dolo” (Liszt, 1914), principalmente porque, según explica, las veces que se utilizó el término ilegalidad para definir la conciencia que el autor debía tener para afirmar la existencia de la relación psíquica, se empleó bajo su acepción vulgar, ordinaria o común, es decir, bajo el entendido de la comprensión del colectivo social por contrario a las normas.

Por último, el profesor Beling (2002) señalaría que el fundamento de esta concepción de la culpabilidad radica en que para la punibilidad de la conducta voluntaria, la antijuridicidad vendría siendo un requisito necesario, incluso indispensable, pero no suficiente, por lo que la culpabilidad vendría a perfeccionar el juicio de imputación que se realiza al sujeto.

4.1.2. Crítica.

Como fue establecido en líneas anteriores, al concepto psicológico de la culpabilidad, varias críticas se le erigieron, en el presente caso se estudiarán brevemente los puntos de inconformidad bajo la premisa de concebir i) el dolo y la culpa como forma de aparición de la culpabilidad y ii) comprender la culpabilidad como un nexos psicológico. Aunque estas dos

premisas se convierten en consecuente-antecedente, respectivamente, es necesario crear la diferenciación para efectos dogmáticos de clasificación.

En un primer punto, el hecho de establecer la culpabilidad, es decir, la forma de imputación o atribución al sujeto de un acontecimiento en concreto, como un nexo psicológico, presenta problemas graves al momento de fundamentar la responsabilidad en el delito culposo, principalmente en la denominada culpa inconsciente o sin representación. En este caso, la culpa sin representación se caracteriza, de hecho, porque debe concurrir la inexistencia de una representación psicológica del resultado, puesto que se basa en un fundamento normativo: el autor no previó lo que, por ser previsible, le era exigido prever (Puppe, 2010), y con base a esto, existe tradicionalmente un fundamento de responsabilidad.

Sin embargo, este no puede ser el caso del esquema sostenido por los profesores Liszt y Beling, debido a que si bien se figuraban la culpa como una relación imperfecta entre el autor y el delito, en el caso de la culpa sin representación, esta relación es totalmente inexistente, lo que nuevamente conllevaría a soluciones dicotómicas e incorrectas: o se deja la culpa sin representación en el umbral de la impunidad (Wessels, Derecho penal parte general, 1980) (García Cervera, 2005), o se intenta castigar, sin un fundamento normativo que refleje el deber de actuación, aspecto que resultaría, a todas luces, el más negativo para cualquier ciudadano, puesto que, se encontraría en una lamentable situación: solo con hacer parte, a través de un movimiento voluntario, del curso causal de un resultado típico, fundamentaría su responsabilidad penal bajo un delito culposo, sin representación, esto, en otras palabras, y por contradictorio que parezca, fundamentaría la responsabilidad penal **objetiva**, por el resultado.

Lo anterior porque, como se pretende desarrollar cerca del final de la exposición, el principio de culpabilidad no solo se desarrolla a partir de la “categoría dogmática” de la culpabilidad, sino que se nutre también de elementos normativos que individualizan la responsabilidad y fungen como un verdadero límite al derecho a castigar. Por esa razón, a pesar de tener un concepto de culpa totalmente subjetivo, aún permanece viva la responsabilidad objetiva en el presente esquema del pensamiento penal, figura que desde aquel entonces, estaba proscrita por la doctrina filosófica dominante (Carrara, 2004) (Feuerbach, 1799) citado en (Greco, Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach, 2015)

En este escenario también se asoman algunas críticas frente a las modalidades de la conducta de la preterintención y la tentativa. Esto es, se desconocía la relación psicológica existente cuando el autor, teniendo un nexo psicológico claro con la realización de un delito de menor pena, terminaba realizando un delito de pena mayor con el que no tuvo ningún nexo, esta figura causaba problemas semejantes a los retratados anteriormente.

Sin embargo, un problema mayor ocurría bajo el estudio del delito tentado, puesto que habría literalmente que examinar, extramete, en el tipo, la relación psíquica del sujeto con la conducta, lo que haría, según Welzel (1970), que todo el sistema delictual perdiera su sentido. ¿Por qué? Por la misma estructura del delito tentado, en él se analiza principalmente al sujeto, la idea del plan criminal, y en general el objeto de su persecución: hacia donde estaba dirigida su voluntad, no es otra cosa que el dolo (lo mismo explica la razón por la cual sería imposible, y hasta absurda una tentativa culposa), entonces ¿cómo conocer la tentativa a partir de este esquema de pensamiento penal? Al parecer, tendría que desdibujarse las líneas de lo subjetivo y lo objetivo a fin de predicar correctamente el análisis de la conducta.

Por último, una de las críticas más fuertes que se ha realizado por el finalismo a esta figura es la de la accesoriedad. Esto es, la participación de la persona que no realiza precisamente la conducta descrita por el tipo penal sino que contribuye a la misma de alguna u otra manera, ya sea prestando un aporte, o colaboración sustancial a la participación (Donna, 2002). Y ¿por qué este sería un problema de la culpabilidad? Pues básicamente porque al contener el dolo en su estructura, se tienen graves incidencias en los elementos que deben compartirse en la relación, por ejemplo, del cómplice con el autor; esto indicaría que si no se analiza el dolo, podría llegarse a una conclusión que ha resultado inaceptable una gran mayoría de la doctrina: se podría condenar al cómplice y absolver al autor, cuando este último presenta un error sobre los hechos, pero el primero no.

Debe hacerse la claridad que esta preocupación empieza a tener grandes efectos y una importancia remarcada con los postulados del finalismo, bajo la figura de la accesoriedad limitada, debido a que al interior del sistema clásico, tal preocupación era apenas aparente, gracias a la forma en la que se concebía el concepto de acción, esto es, la intervención ciega y causal en la conducta, llegando así a considerarse como autor a cualquiera que pudiera intervenir voluntariamente en el curso causal lesivo del bien jurídicamente tutelado.

Esto sin embargo, bajo el cambio del paradigma de la acción, en efecto conllevó graves problemas en la estructuración de la participación criminal, desarrollando así los debates sobre el contenido y alcance de los elementos compartidos que deben establecerse en la participación criminal, aspecto que será analizado en posteriores capítulos con mayor detenimiento, en los que hasta el momento no hay posición unánime sobre su uniformidad (Vacchelli, 2015).

4.2. El esquema neoclásico.

4.2.1. El discurso sobre el concepto de culpabilidad y sus elementos.

Si en algún escenario el esquema neoclásico tuvo una gran repercusión para la teoría del delito, y para la construcción histórico-dogmática del derecho penal fue en el estudio de

la culpabilidad, principalmente por la introducción del concepto visto en el capítulo tercero sobre la normativización de la culpabilidad; veremos que este viraje causó en lo sucesivo un cambio rotundo en la forma de concebir la culpabilidad y de realizar un análisis del sujeto en el delito.

Todo esta modificación dogmática inicia con las postulaciones del profesor Reinhard (Frank, 2002)²³, quien en su obra, titulada *la estructura del concepto de culpabilidad*, publicada en el año 1907, planteó una crítica al concepto clásico de la culpabilidad, entendido este como un juicio que se agota con la verificación de una relación psíquica entre el autor y la conducta voluntaria cometida, señaló principalmente que en muchas ocasiones, a pesar de existir esta relación psicológica entre el autor y el hecho, dejaba de afirmarse la culpabilidad del primero, incluso, yendo un poco más allá, ilustra que no se trataba del *grado* de relación psicológica, porque en casos en los que dos sujetos tuvieran un mismo grado de conexión psicológica con un determinado resultado, los grados de culpabilidad podrían variar.

Particularmente el profesor Reinhard formuló un ejemplo sobre un hurto que se realiza a un banco, este es realizado por X, quien con lo que obtiene pretende alimentar a su familia que muere de hambre, pues al ser cartero de la ciudad no tiene los ingresos suficientes para sostener a su familia y también es realizado por Y, sin tener conexión alguna y no se realizan de forma concomitante; sin embargo, la diferencia es que Y lo realiza para tener una mejor vida que la posee ahora, aspirando así a unas lujosas vacaciones que con su trabajo y por despilfarrar el dinero que gana como cajero del mismo banco, no puede darse²⁴. Entonces ¿cómo se soluciona este caso en el escenario de la culpabilidad?, la respuesta brindada por el profesor alemán es simple: “si bien ambos saben que se apoderan ilícitamente de dinero ajeno, de manera en cuanto hace al dolo no media diferencia alguna, todo el mundo dirá que el cajero le alcanza mayor culpabilidad que al cartero” (Frank, 2002, pág. 37)

En este punto, entonces, empieza la creación de un nuevo concepto de culpabilidad, que no se agotaría únicamente con la vinculación psicológica del sujeto al hecho, sino que se empieza a requerir para su configuración una configuración normativa. Esto, precisamente llevaría a que la culpabilidad en el sistema clásico se conociera como un estudio psicológico-normativo del sujeto.

De esta manera, es necesario precisar que la culpabilidad deja de radicarse únicamente en la cabeza del sujeto activo de la conducta, y pasa ya a un escenario valorativo (idea impulsada por la introducción de los valores del neokantismo), en el que el juez que realizará la criminalización secundaria tiene una obligación no solo de valorar si existía o no el vínculo mental del sujeto con el hecho, sino además de *valorar* las circunstancias en las que el sujeto

²³ La obra del profesor Reinhard, en su original alemán, es de **1907: Über den Aufbau des Schuldbegriffs**

²⁴ El caso se ambienta a efectos de enfatizar el punto que quiere demostrarse.

lo cometió, principalmente preguntándose si ese ciudadano que cometió la conducta penada podía o no infringirla, esto es, si estaba en condiciones de actuar de otra manera. Esto, sin dudas, lleva a la conclusión de un derecho penal más humano, que pierde el eje naturalista heredado de la escuela positivista.

Con estos juicios surgen dos conceptos importantes: el de culpabilidad como juicio de reproche, que básicamente tiene a cuestionarse si el sujeto estaba en una situación normal de motivación que le permitiera obedecer al derecho, y aún así, no lo hizo, o se encontraba en una situación tal, que permitiera el *perdón* de su comportamiento, por la *no reprochabilidad* del mismo. Si se observa con atención, la idea introducida con esta figura tiende a distinguir muy bien, o al menos eso intenta, las figuras de justificación de las de exculpación: la situación en la que se encuentra el sujeto, por más motivaciones que le haya dado para desobedecer la norma de comportamiento, no convierte en lícita la acción, sino que le hace irreprochable su actuar.

Entonces, el aporte más visible que tiene este esquema en cuanto a la concepción de la culpabilidad era el de añadirle a su estudio la figura de la no exigibilidad de una conducta conforme a derecho. Esto se traduce en varios aspectos: i) la culpabilidad ya no es igual al dolo, ii) el dolo es ahora un simple elemento de la culpabilidad y iii) a pesar de configurarse el dolo, puede no haber culpabilidad, por la no exigibilidad de la conducta conforme al ordenamiento jurídico. Estos aspectos serán detallados, en lo pertinente, más adelante; sin embargo, lo que resulta prioritario resaltar es que con este concepto de carácter **normativo**, se establece una genuina valoración del sujeto, puesto que la comprobación de un nexo psicológico ¿qué valora? Nada, no puede graduar nada, puesto que el nexo existe o no, aspecto que no ocurría con esta novedosa figura: ya reprochamos que el autor pudo comportarse de otra forma, y aún así eligió no hacerlo.

La premisa anterior, quiere decir entonces, que el ordenamiento jurídico²⁵ es capaz de reconocer que existen ciertas situaciones fácticas en las que el sujeto no puede comportarse de la forma en la que el derecho le ordena, y estas, precisamente conllevan a que el estado sea capaz de exigir el heroísmo o lo imposible en el sujeto, razón por la cual termina aceptando que su conducta injusta no merece pena.

El ejemplo más clásico que tiene la doctrina es el de la tabla de Carneades²⁶ (Bustos Ramirez, Introducción al Derecho Penal, 2005) (Fernandez Carrasquilla, 2017), el cual

²⁵ En principio, es necesario señalar que estas ideas del concepto de no exigibilidad de otra conducta no nacieron precisamente con la ley, sino que fueron diseñándose por la doctrina y la jurisprudencia, para así, posteriormente verse reconocidas en la legislación penal alemana.

²⁶ Se llama de esta manera al experimento mental propuesto de forma retórica por el filósofo de Cirene, Carneades.

consiste en que dos náufragos se encuentran a la deriva y solo cuentan con una tabla que no logra soportar correctamente el peso de ambos; por lo que uno debe tirar al otro al agua antes de que ambos se hundan y culminen en un fatal deceso. Ante esto, el profesor Frank señala que el sujeto que empuja al otro para salvar su vida posee dolo (de hecho, todo el dolo posible), pero no puede sobre él recaer un juicio completo de culpabilidad, entendiendo que no podría reprochársele esta conducta, por existir una situación motivacional que le impediría actuar conforme al derecho, derecho que por supuesto prescribe la protección fundamental de la vida.

Otro ejemplo en el que puede verse de forma cristalina el fenómeno descrito es el del caso de *Mignonette* (Jimenez de Asua, 1961), en el cual, tres personas habían sido víctimas de un lamentable naufragio; al pasar los días y notar que nadie podía encontrarlos, percibieron la posibilidad de morir de hambre, tras sendas deliberaciones dos de ellos, dieron muerte a un tercero a fin de aprovecharse de su carne para poder sobrevivir.

Sin embargo, estos casos ilustran que hay ciertos eventos en los que a pesar de existir la conexión psíquica, no se reprocha la culpabilidad completamente, también el sistema de pensamiento neoclásico logró demostrar la existencia de reproches de culpabilidad completos aún cuando el nexo psicológico era inexistente: estamos hablando, claramente de la culpa sin representación, que fuera ya referenciada con suficiencia en la exposición realizada en el capítulo tercero. Esto demostró un punto fundamental para los neoclásicos: el nexo psicológico no era una condición necesaria y suficiente para la atribución de la culpabilidad, como lo pensaran los clásicos, de hecho, la valoración jurídica que emprendieron, conlleva también otra consecuencia, expresada por el profesor Reinhard, al señalar que se está obligado a entender la culpabilidad de forma tal que su existencia, es decir, su configuración, se vea afectada por las circunstancias fácticas en las que el sujeto emprenda la acción injusta (Frank, 2002).

Algo a resaltar es que la jurisprudencia alemana ya se había pronunciado, previamente en un caso similar; según nos cuenta la doctrina (Mezger, 1958) (Mir Puig, 2016), la historia cuenta con el análisis del caso *Leinenfänger* o el caso del caballo resabiado; este básicamente consistió en que el patrón de una gran hacienda ordenó a su cochero enganchar un caballo para salir a la calle, el cochero no quiso debido a la naturaleza particularmente briosa del caballo; sin embargo, el patrón amenazó con despedirlo del empleo si no realizaba la orden encomendada, por lo que el cochero enganchó el caballo al carruaje, y transcurridos unos minutos de estar en la carretera, el caballo golpeó fuertemente a otros transeúntes causándoles graves lesiones. El tribunal alemán absolvió al cochero del delito imprudente de lesiones personales, argumentando que no tuvo oportunidad de tomar otra decisión, pues de ella dependían su *colocación y su pan* (Agudelo Betancur, 2015).

Este antecedente fue evaluado solo como un requisito de la culpabilidad para el delito culposo, así de hecho lo hizo el mismo profesor Reinhard Frank; sin embargo, con la llegada al tribunal alemán del caso *Klapperstorch*, o el caso de la cigüeña, las cosas cambiaron; particularmente en el caso se explica como una empresa dedicada al transporte de mercancías de Alemania, implementó una política de trabajo para sus empleados, esta consistía en que cuando la esposa de alguno de ellos diera a luz, tendrían el día libre²⁷, por esta razón, los empleados de la compañía empezaron a solicitar a la partera de la localidad, que certificara *falsamente* que los nacimientos habían ocurrido en día laboral, puesto que de nada les serviría el parto en un día festivo. Cuando esta se negó, los trabajadores amenazaron con conseguir los servicios de otra partera y desprestigiarla por no prestar la colaboración debida. En este caso se aplicó la misma solución frente a la consideración del estado de necesidad en el que se encontraba la partera, reconocido en un delito de carácter doloso como lo es la falsificación del documento que registra el nacimiento.

En este caso, sería el profesor Freudenthal (Culpabilidad y reproche en el derecho penal, 2003) quien se encargara de introducir en la doctrina alemana la aceptación de la aplicación de esta figura eximente de la culpabilidad en el delito doloso, que como se verá, fue aceptado, junto a las demás causales de exculpación expuestas, por Mezger y Goldschmidt (La concepción normativa de la culpabilidad, 1943), quienes las entendieron como causales **supra-legales** que eliminarían la culpabilidad.

Sin embargo, aún permanecía un problema importante en la doctrina, y era el relativo a si el juzgador debía evaluar la posibilidad *concreta* de actuar del sujeto que realiza la conducta antijurídica, o si por el contrario era necesario crear cláusulas generales que permitieran establecer que cumplido el supuesto fáctico de la exculpación se permitiera señalar como exculpado al agente (Köhlrausch, 1910) citado en (Lesch, 2016), para Mezger, no se debe preguntar si *este* autor en *esa* situación estaba en capacidad de actuar de otra manera, sino, si *se* podía actuar de otra manera en tales circunstancias, concluyendo que:

no estamos en condiciones de solucionar en forma empírica la cuestión de si el autor hubiera podido actuar verdaderamente de otra manera en el momento del hecho; nos falta, por lo menos, un criterio seguro acerca de cuándo tal posibilidad existe y cuándo no. Pero la vida práctica y también el derecho establecen determinadas exigencias normativas a las personas que pertenecen a la comunidad social; las cuales tienden a establecer qué es lo que se les puede reclamar corrientemente a una persona en esta situación externa e interna. El derecho, como regla general de la

²⁷ Este trabajo no se referirá en absoluto a los criterios laborales de la época, pero deben entenderse las grandes cargas laborales de aquel entonces, en las que poco control había sobre las exigencias que el patrón podría realizar al trabajador, lo que hace pensar que un incentivo como este es de gran consideración para cualquier empleado.

convivencia social humana, debe "generalizar", o sea referirse a conceptos y costumbres generalmente válidas (Mezger, 1958, pág. 197).

Frente a todo esto, puede concluirse, que tal como lo afirmara Mezger, para el esquema neoclásico del pensamiento penal la culpabilidad correspondía a un conjunto de requisitos que fundamentan el reproche personal al autor. Son precisamente la configuración de estos presupuestos que edifican la culpabilidad los que muestran al hecho como una expresión "jurídicamente desaprobada de la personalidad del autor" (Mezger, 1958), por lo que entonces, la imputabilidad, consistiría en un juicio de culpabilidad formal y el contenido de los requisitos internos de la culpabilidad configurarían su versión material.

Lo anterior, debido a que la culpabilidad, como en la gran mayoría de esquemas del pensamiento penal, se encuentra íntimamente ligada con la fundamentación del sentido de la pena en la sociedad, aspecto que será precisamente tratado en el capítulo sexto de la investigación; sin embargo, Mezger señalaba que este sentido se alcanza solamente frente al a quien, por su conducta individual, se demuestra que está justificado la imposición de la sanción penal, que solo alcanza para este caso, como desarrollo del principio de derecho penal de acto (Feuerbach, 1799).

4.2.2. Crítica.

A pesar del avance que suponía la entrada de los elementos de juicio normativo en la culpabilidad, impulsada por los diferente exponentes del pensamiento neoclásico, los profesores Dohna y Welzel seguirían estando en disconformidad por la existencia constante de elementos psicológicos del juicio de reproche.

Para los sucesores al esquema neoclásico, era imposible que la conexión psicológica del sujeto con el hecho aún se siguiera analizando en la culpabilidad, ya sea como una forma de esta (clásicos) o como un elemento de la misma (neoclásicos). Principalmente debido a la valoración que se encuentra realizando el intérprete en cada uno de los escenarios.

Si tal como lo había propuesto el esquema clásico, la antijuridicidad era el escenario de valoración de la conducta, y la culpabilidad era el de la persona ¿acaso la conducta de la persona no está ya dada bajo la relación psicológica existente con el hecho? ¿O acaso importa para la prohibición, aquellas acciones que no se encuentran conectadas psicológicamente con el autor?

Precisamente se señaló como evidente que en la gran mayoría de comportamientos humanos que atentaban contra el derecho penal, el sujeto había dispuesto su finalidad para tal acontecer, como se vio con más detalle en el capítulo anterior. Por lo tanto, esa finalidad

era parte del objeto de la valoración que debería ser *valorado* por un criterio normativo establecido con suma determinación en la culpabilidad.

De esta manera, sería primero Dohna, y posteriormente Welzel, quienes sostendrían la necesidad de eliminar aquella configuración psicológico-normativa de la culpabilidad, dejando en pie, según su discurso, una culpabilidad de naturaleza enteramente normativa, en la que se analice al sujeto a partir de estándares netamente jurídicos. Entendiendo así a la culpabilidad como el escenario valorativo de esa conexión psicológica que componía el actuar criminal (Dohna, 2018).

4.3.El esquema finalista.

4.3.1. El discurso sobre el concepto de culpabilidad y sus elementos.

En el esquema finalista, la modificación en cuanto al dolo conllevó de contera una modificación frente a la naturaleza y contenido mismo de la culpabilidad. Así, algunos autores señalan que con el traslado del dolo a la tipicidad, la culpabilidad se *vació* de contenidos psicológicos y se configuró como un juicio puramente normativo sobre el autor (Wessels, 1980); sin embargo, será necesario entender el desarrollo de ese discurso para comprender el alcance de dicha afirmación.

En tal sentido, nuevamente el profesor Dohna tiene que ver con los esbozos de la configuración finalista de la culpabilidad. Principalmente, al afirmar que la esencia de esta categoría dogmática subyace en la realización de un juicio de valoración al tipo subjetivo, en idéntica forma en la que la naturaleza de la antijuridicidad recae en la valoración del tipo objetivo (Dohna, 2018).

En tal sentido, la culpabilidad, sería una pura doctrina normativa sobre la valoración del objeto, siendo el objeto el tipo subjetivo o la existencia de la relación psíquica del sujeto con el hecho. Así, se explica en el sistema de pensamiento del autor que la realización de una conducta típica solo podría tener como consecuencia la imposición de una pena si se cumplen dos presupuestos: que la acción sea desaprobada por el ordenamiento jurídico, es decir, antijurídica y que la misma pueda ser *“puesta en cuenta de su autor”*. De esta manera queda claro que, si una acción es antijurídica por entrar en colisión con las normas de derecho del ordenamiento jurídico, será culpable si corresponde a un comportamiento psíquico que merece desaprobación por parte del mismo ordenamiento jurídico (Dohna, 2018).

Para Dohna, la idea de exigibilidad y de contrariedad a deber son sinónimos. Principalmente debido a que la infracción de las normas jurídicas no podría configurar un actuar contrario al deber, si se ha dejado de exigir el actuar de acuerdo a la norma de determinación. De esta manera, postula que aquel que realiza un tipo de forma dolosa, en

está actuando culpablemente a no ser que concurra en su conducta un fundamento de inculpabilidad (Dohna, 2018). Esta posición se asoma como similar a la planteada por el sistema neoclásico frente a la antijuridicidad, y habrá que señalar que no fue asumida del todo por el programa metodológico de Welzel.

Entonces, para Welzel la culpabilidad cumple la misión de fundamentar el reproche personal que se realiza al autor de la conducta injusta, por no haber omitido la comisión de la acción antijurídica cuando tenía la *capacidad* o el *poder* (Weber, 1982) para hacerlo (Welzel, 2002).

En Welzel la culpabilidad tiene unos **presupuestos**:

- i) El autor se habría podido motivar conforme a la norma – no en sentido abstracto, sino que él autor del caso concreto lo haya podido realizar- es decir, posee la capacidad de imputabilidad, entendida esta como una fuerza psíquica que permite al autor motivarse conforme al mandato normativo. Es entendido, como se vio, como un supuesto *existencial de la culpabilidad*.
- ii) Que el autor está en la posibilidad de *motivarse* de acuerdo a la norma, esto gracias a la *comprensión* de la antijuridicidad de su actuar final, todo esto entendido como la posibilidad de *comprensión de la ilicitud del actuar*. Este es un supuesto especial de la *existencia* de la reprochabilidad.

Por último, quedaría la **inexigibilidad de la conducta conforme a derecho**, ya no como un supuesto de reprochabilidad, sino como la reprochabilidad en sí misma. En este análisis se tiene en cuenta aquellas situaciones anormales de *motivación*, que disminuyen en gran medida la posibilidad de que el sujeto actúe motivado normalmente frente a la norma, y con ello, se disminuya en igual medida la culpabilidad. Esto ocurre con el estado de necesidad exculpante (Welzel, 1970).

Debe tenerse en cuenta que si bien la existencia o configuración de estas situaciones excepcionales morigeran el desvalor objetivo, no justifican la acción. Esto con base en los análisis kantianos que realiza el profesor Welzel, quien considera que de lo contrario, se estaría instrumentalizando a quien debería soportar el daño recibido bajo un obrar exculpado. En mejor medida, el ordenamiento jurídico solo es capaz de brindar la ausencia de pena, debido a la indulgencia que tiene frente a la debilidad humana, que motiva al sujeto en estado de necesidad a precisar la superposición de su integridad sobre la de sus parientes.

Los componentes de este juicio de reproche basado en la inexigibilidad de otra conducta conforme a derecho, son básicamente las formas de aparición del estado de necesidad, a saber:

- i) **Estado de necesidad²⁸ penal exculpante:** Se presenta en Welzel como esa situación particular que pone en peligro un bien jurídico propio o de un familiar cercano, que implica el sacrificio de un bien jurídico de igual nivel para la protección en el caso concreto. Se enfatiza en el presente caso que no se otorga a las personas que tienen el deber de soportar el peligro para la integridad física o la vida. Ejemplos de estos sujetos son para Welzel el soldado, el bombero, el marinero, el policía o incluso la mujer que está dando a luz respecto de los dolores de parto (Welzel, 1970).
- ii) **Estado de necesidad por coacción:** consiste en una situación violenta que se genera a partir de la coacción presentada por otra persona. La coacción en el presente caso se puede dar por fuerza irresistible – *vis absoluta*, debido a que la *vis compulsiva* eliminaría la acción- o por amenaza de la fuerza. En este caso, quien actúe bajo estos derroteros cometerá una conducta antijurídica pero no culpable, y quien genere la coacción será un autor mediato (Welzel , 1951).
- iii) **Exculpación putativa:** aunque será desarrollada en el siguiente capítulo, baste por ahora con señalar que se trata de la suposición errónea de encontrarse en alguno de los casos anteriores. El profesor Welzel genera una equivalencia entre el error de la situación y la situación de exculpación verdadera, principalmente porque ambos generan un estado anímico idéntico frente a la motivación de acatamiento del derecho.
- iv) **Exculpación supra legal:** Se trata de aquella exculpación que a pesar de no encontrarse reconocida en los derroteros de la ley alemana, debía ser reconocida por tratarse de una acción utilizada como el único medio para proteger una desgracia mayor, por un agente que efectivamente persigue un fin de salvación. El caso utilizado por el profesor de Bönn es el de los médicos que sacrificaron a una serie de débiles mentales bajo eutanasia por las órdenes de Hitler, con tal de salvar a otra gran cantidad de personas en la misma condición.

4.3.2. Crítica.

A pesar de que la gran cantidad de críticas que recaen sobre el esquema de pensamiento penal finalista ya fueron abordadas en el capítulo anterior, en este espacio se realizarán las críticas que se generaron particularmente frente al concepto de culpabilidad.

²⁸ Se diferencia del estado de necesidad civil que también se basa en un juicio de ponderación de bienes jurídicos en el ordenamiento jurídico alemán.

En tal sentido, lo primero que deberá señalarse es que se criticó que (Sanchez Herrera, 2007) *vaciar* el concepto de culpabilidad de la relación psicológica entre el autor y el hecho, como un elemento adicional del reproche, se ha desnaturalizado la categoría dogmática de la culpabilidad, limitándola a ser un juicio de reproche que no precisamente se realiza sobre el autor, sino solo frente a su **voluntad**.

Y este precisamente resulta ser un problema fundamental en la tesis del profesor Welzel, debido a que el único objeto de la culpabilidad es el análisis de la voluntad del sujeto y no del sujeto en sí mismo, por tal razón, la imputabilidad, por ejemplo, solo tendría sentido en tanto sea capaz de explicar el comportamiento voluntario del agente, y no como presupuesto mismo y fundamento de la sanción penal. Esto es, el finalismo lleva al límite el concepto de acción como voluntad final, tanto así que el sentido orientador de la culpabilidad deja de ser el ser humano que será sujeto a una pena, y empieza a ser las condiciones de dirección de la voluntad que realizó la conducta, despersonalizando en parte al fin último de la norma penal, el destinatario mismo.

Por último, el profesor Roxin ha generado una crítica base para aquellas posturas, como la expuesta por Welzel que consideran la equivalencia de condiciones entre la exculpación putativa y la exculpación propiamente dicha, principalmente porque considerar al situación *motivacional* del sujeto como equivalente a la verdadera ocurrencia de la situación en cuestión, aún solo porque este así lo haya creído sería una contradicción con la posición normativa de la culpabilidad, pues seguiría consistiendo en el análisis psicológico y motivacional del autor; esto es, las condiciones de exculpación fueron configuradas previamente por el legislador, y estas no anulan completamente la capacidad de determinación del sujeto, razón por la cual, dos serían los errores manifiestos en el presente esquema: considerar la exculpante como negación de la culpabilidad, y considerar a la exculpante como un equivalente de la exculpante putativa (Roxin, 1997).

4.4. El esquema funcionalista.

4.4.1. El discurso sobre el concepto de culpabilidad y sus elementos.

Para estudiar el pensamiento funcionalista frente a la culpabilidad, se partirá de la mismo método de estudio que se realizó en el capítulo anterior. Esto es, analizar por separado – aunque bajo el mismo capítulo – los discursos del funcionalismo moderado del profesor Roxin y el funcionalismo radical del profesor Jakobs.

De esta manera, al realizar un análisis documental de la obra del profesor Roxin (Culpabilidad y prevención en derecho penal, 1981) (Problemas básicos del derecho penal, 1976) (Política criminal y sistema de derecho penal, 2002) (Fundamentos político-criminales

y dogmáticos del derecho penal, 2016) puede evidenciarse la construcción de una tesis particular y única sobre la categoría jurídica de la culpabilidad.

En particular, Roxin reformula el concepto, ahora culpabilidad será *una parte* o una pieza de la macro-categoría dogmática de la *responsabilidad*. Aspecto que se justifica en la adopción de criterios de política criminal relacionados con la finalidad de la imposición de la pena. De esta manera, *culpabilidad* y *necesidad preventiva de la pena* serán presupuestos de la *responsabilidad*, tal como a continuación se grafica.

Tabla 1.

La responsabilidad en el sistema penal de Claus Roxin

| Responsabilidad jurídico penal | |
|---|--|
| Como macro-categoría dogmática que habilita la imposición de una pena | |
| Culpabilidad | Necesidad preventiva de la pena |
| Ambas como subcategorías dogmáticas que se convierten en presupuestos de la responsabilidad jurídico penal. | |

Fuente: Juan Camilo Páez Jaimes.

Lo anterior indica entonces que solo podría ser responsable penalmente aquel sujeto que sea culpable, y sobre el cual se muestre como necesaria la pena para cumplir con el rol preventivo especial. Entonces ¿quién es culpable? Y ¿cuándo existe la necesidad preventiva de imponerle una pena?

Frente a estas preguntas tendremos lo siguiente: culpabilidad será igual a *accesibilidad normativa del sujeto*, esto es: el sujeto culpable tuvo la posibilidad de convertirse en el destinatario efectivo y real de la norma de prohibición. En tal sentido, culpable es *quien* realiza el injusto y a su vez, se encuentra bajo el potencial efecto de la “llamada de atención” que realiza la norma, teniendo la capacidad suficiente de auto control que requerida para la no infracción dicha norma. Esto es, quien pese a haber realizado el injusto, psíquicamente podía acceder a una alternativa conforme a derecho (Roxin, 1997, pág. 729).

Por otro lado, la necesidad preventiva de la pena es un criterio de limitación negativa a la declaratoria de responsabilidad penal en el sistema de Roxin. Esto, debido a que se entiende que si el legislador configuró de cierta manera la realización del injusto, y este se realizó por un sujeto culpable, está dada la necesidad preventiva de la pena, debido a la concepción *a priori* del legislador de castigar con pena la realización del injusto típico. Sin embargo, tal como o advirtiera el profesor Roxin, esto no ocurre en todos los casos, puesto que, la práctica enseña que existen muchas situaciones en las que pese a haber existido una

accesibilidad efectiva a la prohibición, aún existen situaciones que permiten la declaratoria de ausencia de responsabilidad, muestra de ello es el estado de necesidad exculpante.

Ahora, debe aclararse que en la teoría del profesor Roxin, estos fenómenos que se tratan en la doctrina mayoritaria como parte de la culpabilidad, es decir, los criterios de la *exigibilidad de una conducta conforme a derecho* son criterios negativos de la necesidad preventiva de la pena. Esto debido a que, como se explicaba, todos estos fenómenos se caracterizan porque aún el sujeto tiene la *posibilidad*, por mínima que sea, de tener una material alternativa conforme a derecho, por haber comprendido la amenaza de la norma y estar en la capacidad *material* de autocontrol ante ella.

Entonces, podría resumirse el esquema de pensamiento del funcionalismo moderado, en cuanto a culpabilidad se refiere, afirmando que para que un sujeto sea **responsable jurídico-penalmente** se requiere de la concurrencia de su **culpabilidad**, es decir, que sea imputable y no se encuentre en un error de prohibición invencible, y además de ello, exista una **necesidad preventiva de imposición de la pena**, esto es, que atendiendo a los fundamentos político criminales del diseño estatal, se deduzca como necesaria la aplicación de la consecuencia prevista de forma general para estos casos, puede darse el ejemplo de el estado de necesidad exculpante.

Esta última categoría posee, a su vez, criterios supra legales que pueden emplearse para la definición de la necesidad preventiva de la imposición de la pena en el caso concreto, y en este aspecto, el profesor Roxin ha sido sumamente claro en cuanto a la *forma* en la que dicha interpretación se encuentra limitada por el propio contenido del ordenamiento jurídico, esto es que

No se trata de posibilitar al juez una exención de pena conforme a sus propias representaciones político-criminales, sino que se deben averiguar las hipótesis preventivas que sirven de base a la ley. Ello no abre mayores espacios de libertad que los que en otros casos se conceden a la interpretación del Derecho vigente. Al desarrollo de la dogmática jurídico-penal (Roxin, 1997, pág. 703).

Por otro lado, al analizar el concepto de culpabilidad en los terrenos del funcionalismo radical, puede observarse un cambio drástico en el contenido, significado y alcance del mismo. Por esta razón, en este modelo de pensamiento la culpabilidad posee una misión: caracterizar la motivación que no está conforme al derecho, por parte del sujeto como motivo o fundamento del conflicto (Jakobs G. , 1997, pág. 579).

Como puede observarse, la culpabilidad ya no es en sí misma un reproche normativo, solo la confirmación de que el sujeto que negó el ordenamiento jurídico posee un modelo una motivación contraria el sistema jurídico en cuestión, lo que, como verá a continuación, le

permitiría plantearse un modelo de sociedad alternativo y posible, aspecto que no puede ser permitido por el ordenamiento jurídico, y que de contera justifica la imposición de la pena a efectos de estabilizar el derecho y tranquilizar a la sociedad. Con base en esto, la culpabilidad ya no se encuentra orientada hacia consideraciones futuras o pasadas, solo presentes: se castiga para ejercitar el reconocimiento actual de la norma.

Cabe mencionar que el profesor Jakobs, con su sistema, fue uno de los primeros en solucionar la aporía que pretende plantear el dilema del libre albedrío como fundamento de la culpabilidad, precisamente debido a que, inclusive, un *determinista*, según manifiesta, “puede estar de acuerdo en que para la distribución de responsabilidad no hay alternativa, si es que se quiere mantener el orden” (Jakobs G. , 1997, pág. 585).

De esta manera, se produce en el esquema de pensamiento penal de Jakobs lo que el llamaría un *tipo de culpabilidad*, es decir, unas condiciones positivas que permitirían señalar cuándo se encuentra estructurada esta categoría dogmática; de esta manera, así como las causas de inexigibilidad de la conducta están referidas al tipo de culpabilidad, de forma análoga las causas de justificación lo están al tipo de injusto; y así como antijuridicidad y conformidad al derecho, son conceptos claramente separados en el manual del profesor Jakobs, también los son *culpabilidad* y *no culpabilidad*; esto es, así como aquel hecho incorrecto frente al ordenamiento jurídico penal constituye lo injusto, de la misma manera, la realización del hecho bajo una motivación que sea desleal al *derecho* en sí mismo, constituirá la culpabilidad del autor, y por último, así como el injusto puede ser mayor o menor, dependiendo de ciertos criterios normativos y fácticos, también la culpabilidad resulta graduable, dependiendo de las condiciones en las que la motivación contraria a derecho se produjo (Jakobs G. , 1997).

Así, **el tipo positivo de culpabilidad** se encuentra compuesto por la previa afirmación del injusto, realizado por una persona *imputable*, definido principalmente como un igual frente a la capacidad de comprensión y determinación frente al acontecer normativo, social y fáctico, de esta manera, como la igualdad no es cuantificable – bajo el principio de tercero excluido, un sujeto será o no será igual a otro, pero no menos igual o más igual – lo que conlleva la negación o afirmación rotunda de la imputabilidad, por lo que no podría serse más o menos imputable que otra persona, limitando así el espectro inicial del juicio motivacional. Es necesario señalar que al inimputable nada le es exigible por dos razones: i) no es un igual, es decir, no podemos fundar expectativas de comportamiento en él y ii) no es un interlocutor que reciba el mensaje dado mediante la afirmación del derecho, razón por la cual, mucho menos estará en capacidad de negarlo, esto es: “quien no es capaz de culpabilidad no participa en la producción de un sentido común” (Jakobs G. , 1998, pág. 50).

Por otro lado, el sujeto debe poseer la intelección del injusto, es decir, *la conciencia de la ilicitud de su actuar*. Este elemento es indispensable debido a que un sujeto que ha

cometido una conducta injusta bajo un error sobre la existencia de la prohibición, pero tiene una motivación dispuesta para ejercitar la lealtad al ordenamiento jurídico, no “*sirve*” al objetivo de ejercitar la lealtad al derecho, sino que crearía una fijación intensa de la norma en el momento preciso de la imposición de la pena, lo que de contera, conllevaría a dificultar la mutabilidad del ordenamiento jurídico en sí mismo (Jakobs G. , 1997, pág. 600). Además, precisando que no se trata de una cuestión de referente al motivo, para el acatamiento del derecho, así lo explicaría en la obra *Conocimiento y desconocimiento de la norma*: “El motivo para acatar el derecho es sencillamente presupuesto; nadie puede invocar que le falta ese motivo” (Jakobs G. , 1998).

Ahora, hasta este punto, con los elementos de imputabilidad y conciencia de la ilicitud, podría afirmarse la existencia o configuración dogmática de la culpabilidad; sin embargo, será necesario revisar en el caso concreto el **tipo negativo de culpabilidad** o la inexigibilidad de – ya no de una conducta conforme a derecho – sino del comportamiento motivacional conforme a la expectativa social fundada en el derecho. En este caso, se verifica, por supuesto, la existencia o no de una *disposición de ánimo exculpante*, o mejor, un contexto exculpante²⁹; este se encuentra definido como una situación de desgracia ocurrida al sujeto que permite exculparle por no haber presentado de forma irreverente una oposición al ordenamiento jurídico.

Por otro lado, en la obra “*Imputación jurídico-penal: desarrollo del sistema a partir de las condiciones de vigencia de la norma*” (Jakobs G. , 1997) se explican las implicaciones que tiene la asunción de la culpabilidad en un modelo pensado a través del funcionalismo radical, y principalmente, como se indica, a partir de las condiciones de vigencia de la norma jurídico-penal.

En primer lugar, debe atenderse que para el profesor Jakobs, una sociedad no se compone por el simple azar de la unión de personas, sino por la existencia de normas en vigencia; son estas normas vigentes las que identifican y definen a una sociedad; por esta razón, en su tesis, el derecho penal tiene como objetivo *garantizar* la identidad de la sociedad; es precisamente por esto que, el hecho punible o delito, *debe* ser interpretado como un aporte comunicativo del ciudadano, es decir, como una expresión de su sentido, dirigido a crear una sociedad alterna a la conformada, atentando entonces contra la vigencia misma del ordenamiento jurídico creado.

Entonces, mediante la pena se declara al ciudadano y la sociedad en general, que esta *sociedad alterna* o diferente creada por el sujeto que cometió el hecho punible, no es aceptable, rechazando su creación, y ratificando la vigencia de la norma. Por esto, no puede tratarse de una ratificación mediata, es decir, una declaración de la pena que posteriormente

²⁹ Haciendo énfasis en la preponderancia normativa-objetiva de la exculpación.

traerá una ratificación del ordenamiento, sino que precisamente la pena *es* la ratificación del ordenamiento, no persigue otra cosa.

Básicamente, el profesor Jakobs considera que la sociedad por sí misma (recuérdese que el concepto de sociedad lleva incluida la existencia de normas vigentes), se crea expectativas a cumplir y mantener; estas son las que protege el derecho penal, y la defraudación de las mismas solo pueden responderse de una manera: la pena, que al ser aplicada, reafirman la vigencia normativa que respaldaba la expectativa. Es necesario explicar que en esta concepción, si bien se reconoce que la pena puede tener unas consecuencias psico-sociales importantes, como “la motivación fiel al derecho”³⁰, estas son posteriores, y casi que accidentales, no siendo el objetivo principal de la pena, que en realidad termina siendo, *ser*, justificándose a sí misma.

Esta teoría puede explicarse, tal como lo realiza el profesor de Bonn, mediante la distinción entre normas del entorno y normas sociales; las primeras hacen referencia a aquellas normas inherentes a la naturaleza que nos rodea, por ejemplo, la gravedad, las matemáticas y la “totalidad de las normas en una concepción del mundo orientada racionalmente, según las ciencias naturales”, y las segundas, son las normas que configura el derecho para la identificación y el desarrollo social. ¿Por qué esto importa en la concepción del profesor Jakobs? Porque la primera tipología de normas tiene una estabilización autónoma, es decir, la misma se encarga de ser estabilizada, pues su desconocimiento por el agente, casi que traería una pena acarreada consigo misma, nadie podría negar que quien desconozca el funcionamiento de la gravedad, por ejemplo, puede estar atentando, no solo contra la sociedad, sino contra sí mismo. En cambio, las normas sociales, requieren de una estabilización externa, brindada y respaldada precisamente por el Estado, ante esa incapacidad de la norma social de estabilizarse por sí sola, la pena aparece como el remedio preciso y necesario para solventar el dilema. En palabras del profesor Jakobs, “la protesta contra las normas directamente sociales es contradicha mediante la pena”³¹; y esto tiene un fundamento coherente con lo anteriormente expuesto: la protesta contra la norma social hace viable un constructo social *diferente* al ya organizado, lo que requiere el accionar punitivo; por otro lado, la protesta contra la norma del entorno no tiene ninguna repercusión en la sociedad, es inane ante la misma norma.

Se precisa, por último, que para la imposición de una pena, se hace necesaria la verificación de las *capacidades necesarias* del competente para administrar y configurar su vida conforme al orden normativo; sin embargo, a pesar que este análisis ha recibido el nombre de imputación subjetiva, el maestro Jakobs ha considerado esta designación como

³⁰ Pág. 34.

³¹ Pág. 37.

un manifiesto error, tomado de “*la filosofía del derecho*” de Hegel³²; principalmente porque nada interesa para el derecho penal, saber si las normas tiene un valor para *sujetos* referidos a sí mismos, sino que lo que interesa es analizar el fuero de determinación de las personas individualizadas en su rol social concreto; por esta razón, el concepto adecuado, sería *imputación específico-personal* (Jakobs G. , 1998).

Las críticas al sistema funcionalista, en su esencia, se resumen en la exposición realizada en el capítulo anterior.

4.5. Variables adicionales.

Una de las tesis que menor vigor ha tenido en los escenarios latinoamericanos, pero que debe analizarse por sus particulares rasgos es la formulada por el profesor Joachim Hruschka. Este propone un propio esquema delictual, al partir de la distinción entre reglas de justificación y reglas de exculpación; señalando que la misma es posible, gracias a la previa distinción entre reglas de *comportamiento* y reglas de *imputación*, todo esto tomando como fundamento la teoría normativa de *Joachim Daries*.

A su juicio, las **reglas de comportamiento** (Hruschka, 1994) desempeñan una función *prospectiva*, que se constituyen a su vez como mandatos prohibitivos, indicando al sujeto qué debe hacer o dejar de hacer, o como reglas permisivas, señalándole al sujeto qué tiene permitido hacer o dejar de hacer. Un claro es la norma dirigida al sujeto que le dice “no debes hurtar”, “no debes hacer incesto” o las normas que le dicen, “en una situación de legítima defensa, te está permitido matar a tu agresor siempre y cuando sea proporcional para evitar tu daño”. En conclusión, la función *prospectiva* de las reglas de comportamiento consisten en “influir y conformar la vida”.

Por otro lado, las **reglas de comportamiento** poseen, en *retrospectiva* una función de baremo de medición, que ya no se da en mandatos de prohibición, sino en tipos delictivos o de justificación, que trae implícita una *valoración*, de la que puede concluirse la antijuridicidad o no de la conducta; y esta función retrospectiva se encuentra dirigida principalmente al juzgador, el cual las utiliza para valorar el hecho “*ex post facto*”.

Para Hruschka, estas dos funciones, si bien pueden diferenciarse claramente, no pueden separarse, pues forman un conjunto inescindible a tal punto que no podría concebirse la lógica de la una sin la otra; es imposible pensar en la eficacia de la primera función sin la existencia de la segunda; y a su vez, ¿qué sentido tendría que un juez utilizara la segunda función para determinar la antijuridicidad, si en primer lugar nunca hubo un mandato al sujeto otorgado bajo la primera función?

³² CITAR- SUBJETIVIDAD.

Por otro lado están las **reglas de imputación**, que no pertenecen al sistema de las reglas de comportamiento, sino que constituye un sistema totalmente separado. Estas solo tiene una función de carácter retrospectivo, es decir, no pretenden enviar un mensaje de cualquier tipo tendiente a influir o conformar la vida, sino que, por elemental razonamiento lógico, operan una vez, cumplido un supuesto fundamental: el hecho; y están dirigidas a la persona que precisamente tiene la función de juzgarlo.

Las **reglas de imputación** poseen dos niveles: en el **primer nivel** se realiza una imputación de carácter, si se quiere, causal y valorativo; por lo que pretende determinar si efectivamente el resultado fue *causalmente producido* por el sujeto y si además, este estaba actuando de forma *libre* [Hruschka define libertad en los términos del desarrollo Kantiano], mientras que **en el segundo nivel** se realiza una imputación de carácter jurídico, que busca principalmente establecer el *merecimiento* del reproche a realizar por el incumplimiento de las reglas de comportamiento.

De la anterior lógica, puede extarse que el sistema o esquema delictual del profesor Hruschka consiste en lo siguiente: **primero**, se debe realizar un juicio de imputación de primer nivel, a fin de determinar si el agente realizó un hecho, o este es producto de la naturaleza o totalmente ajeno a su voluntad, de tal forma que no sea *moralmente responsable*; **segundo**, el juzgador debe aplicar las reglas de comportamiento en su *función de baremo*, es decir, determinando si se ha realizado o no un injusto, por lo que, una vez se encuentre una respuesta positiva a lo anterior, se tendrá que recurrir a, **tercero**, las reglas de imputación de segundo nivel, que básicamente podrán determinar si el sujeto ha actuado de forma tal que le sea reprochable jurídicamente y por lo tanto *merezca* el castigo que de allí devendría.

Con este esquema, se tiene varias consecuencias teóricas que repercuten directamente de la posición asumida; por ejemplo, las causales de justificación de la conducta serían un problema a resolver en la función de baremo correspondiente a las reglas de comportamiento, bajo un tipo permisivo; las reglas de exculpación serían analizadas en el segundo nivel de las reglas de imputación; el problema del dolo, en la teoría de Hruschka, sería un problema del primer nivel de imputación, que impediría que el sujeto actúe moralmente, es decir, que haya sido quien domine el comportamiento completamente, al desconocer un requisito esencial de la descripción del mandato, y este mismo tratamiento recibirían los errores en los presupuestos objetivos de una causal de justificación, por ser, en su consideración, equiparables.

Por último, se clarifica que, frente a las causales de justificación, se reconocen en el segundo nivel de reglas de imputación debido a que el autor de la conducta antijurídica contó con un *contramotivo* de peso para poder evadir el mandato o realizar la acción prohibida, por

lo que se le exculpa, no por aceptar el hecho cometido, sino por entender que cualquiera de nosotros hubiera actuado en un sentido similar (Hruschka, 1994).

5. Toma de postura: no existe un discurso dogmático actual que soporte coherentemente la inclusión del dolo en el tipo subjetivo

Habiendo realizado el análisis discursivo de la construcción del dolo y su diferentes ubicaciones, así como de la naturaleza misma de la culpabilidad, llegando a tener una comprensión dogmática suficiente frente a cuáles son los argumentos principales que actualmente justifican el estudio del dolo como elemento del tipo subjetivo, o dolo típico, será necesario tomar postura. Y ella, como lo indica el título del acápite, consistirá en que las razones actuales que se esgrimen para el análisis del dolo como categoría perteneciente al tipo son insuficientes, incoherentes y en algunos casos, contradictorias; así, las premisas que se expondrán bajo el presente título serán los eslabones que permitirán llegar a una conclusión inequívoca: el dolo no debe ser analizado en el tipo.

Ahora ¿dónde analizarlo? Este es un problema que surgió como la principal pretensión investigativa de este trabajo; sin embargo, debido a la gran cantidad de variables que deben abordarse para tal justificación (la ubicación del dolo es en gran medida la base de toda la estructura del delito), se consideró de mejor manera dejar el desarrollo hasta este punto, sugiriendo al final alguna aproximación a una teoría de imputación subjetiva que, bajo un desarrollo coherente del principio de culpabilidad, permitiría la solución de los errores que propicia el sistema actual respondiendo a una categoría universal, y que no esté supeditada a las necesidades dogmáticas para la solución de problemas particulares que propician la generación de otros. Recordando que este no es el objeto del trabajo investigativo, solo la perfilación de algunas bases que pretenden desarrollarse con posterioridad al mismo, hasta el momento será necesario acreditar la premisa fundamental: el dolo no es parte del tipo.

Esta postura se fundamenta en tres breves pero elementales puntos: el primero, demostrar que la concepción del dolo típico como parte del desarrollo finalista actualmente no tiene sustento alguno bajo la llegada de la imputación objetiva, en segundo lugar, demostrar que los argumentos de los esquemas del pensamiento penal no finalistas para mantener el dolo en el tipo – variables del finalismo, eclécticos y funcionalistas – son insuficientes; tercero, demostrar que la ubicación del dolo en el tipo genera un problema irresoluble frente al error en los presupuestos objetivos de las ausencias de responsabilidad penal.

Todo esto, para el caso, sustentará la adopción de la postura a defender: el dolo no tiene un fundamento *categorico* que permita su estudio en el tipo, recibiendo su ubicación actual solo por el desarrollo de un discurso que sea arraigado con la finalidad de permitir que

las estructuras dogmáticas del delito permanezcan verdaderamente intactas, a pesar de sus múltiples cambios.

5.1.El dolo se ha objetivado como una forma de solucionar los problemas de causalidad ciega.

Como pudo evidenciarse en la reconstrucción del discurso histórico-dogmático llevada a cabo en el presente trabajo, el traslado del dolo al tipo obedeció a una respuesta natural a la deficiente estructuración de los criterios de la causalidad empleada por los esquemas clásicos y neoclásicos.

Así, pudo observarse cómo Welzel en representación del finalismo sancionó la forma en la que el concepto vacío, avalorado y mínimo de *acción* permitía que una gran cantidad de conductas, por pertenecer al nexo de causalidad y ser realizadas con voluntariedad, fueran descritas como típicas aunque el autor de las mismas nunca las hubiera perseguido. Un clásico ejemplo de ello, es la forma en la que la concepción causal del delito permitía predicar como típica la conducta del carpintero que elaboraba la cama sobre la que se realizaba el estupro, o el fabricante del arma con la que realizaba el homicidio, viniendo a declararse la ausencia de responsabilidad del sujeto únicamente al analizar la culpabilidad, por la falta de dolo entendido como la relación de la mente del sujeto con el hecho.

De esta manera, resultaría consecuente que la forma de limitar la imputación en el tipo es con el traslado de aquel elemento que generaba precisamente la ausencia de responsabilidad: el dolo. Por lo tanto, el tipo podría realizar una depuración de las conductas que no merecían en sí mismas un reproche penal, la teoría de la acción final entonces nacería a la vida dogmática como una forma de limitación de la causalidad total, abierta y escueta que no tenía filtro normativo para su atribución. Su función, como puede observarse, es evitar que se consideren típicas aquellas conductas que no deberían ser atribuidas al sujeto, pese a la participación causal en él ¿entonces, cómo hacerlo? ¿cómo determinar a quién puedo atribuir la realización del tipo? Con su esquema, Welzel respondería que a aquella persona que hubiere dirigido su voluntad hacia ello, y que quien no lo hubiera realizado, sería autor de una conducta atípica, pues no contiene, en su realización la concurrencia de los elementos internos que el mismo ordenamiento está castigando, convirtiendo, al tipo en un escenario de análisis ético-valorativo.

Lo anterior, en otras palabras, sugiere que realizará el tipo quién disponga su voluntad a la perpetración de los hechos punidos primariamente por el legislador – paradójicamente, sin incluir por esto, el concepto de conciencia de la ilicitud -; y además de ello, pareciera que la realización del tipo equivaldría así al concepto de acción. Si se observa con detenimiento la obra de Welzel, acción no es un elemento previo a la tipicidad y tampoco un elemento

perteneciente a esta, por lo que podría pensarse en dos hipótesis: i) acción es un criterio orientador del pensamiento penal o ii) acción es la realización tipo penal.

Ahora, fuera de los reparos presentados a la teoría de la acción final, ya revisados en el acápite correspondiente, es necesario señalar que el traslado del dolo al tipo cumplió en algún momento con la función de limitar el espectro de conductas que serían consideradas como típicas por el ordenamiento jurídico, esto quiere decir, que tuvo unas *consecuencias* óptimas en cuanto a su pretensión sistematizadora: limitar la arbitraria punición típica que conllevaba la aplicación de los esquemas causalistas.

Todo esto, en práctica, conllevaría un cierto beneficio y un intento de limitación plausible para la época, pues se trataba de crear una tesis que permitiera conocer cuándo un resultado le pertenecería jurídicamente (atribución típica) al sujeto, para el caso de la acción final, sería cuando este *haya dispuesto su voluntad hacia él*; sin embargo, la llegada de la teoría de la imputación objetiva cambiaría totalmente el panorama.

¿Por qué? Porque se tendría un baremo *jurídico y objetivo* que permita conocer de forma previa al análisis de la posición psicológica del sujeto, si el resultado -típico- ocasionado, le pertenece a este. La imputación objetiva es por excelencia un juicio de atribución jurídico-normativo, que permite responder con estándares principalmente objetivos cuándo debe ponerse a cargo del sujeto la realización de una conducta prohibida por el ordenamiento jurídico penal.

Por lo anterior, los criterios de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la realización de este en resultado se convertirían en las preguntas a responder de forma previa a la atribución del resultado típico al sujeto activo. Cumpliendo así, de forma eficaz, objetiva, y con baremos normativos, la pretensión inicialmente buscada por el profesor Welzel.

Todo esto, con una consideración adicional a tener en cuenta: la tesis de la imputación objetiva no está sujeta a las críticas que se realizara a la teoría de la acción final, permitiendo, inclusive, mejores explicaciones a la tentativa, la imprudencia y los delitos de omisión. Con todo, la imputación objetiva logró lo que la acción final con el dolo típico no: crear una teoría que respondiera a las necesidades de atribución y limitación del tipo en los casos en los que la existencia causal y física quedaba relegada a un segundo plano: los casos normativos del derecho penal.

Lo anterior puede resumirse en una simple premisa: la *razón* teleológica que justificó el traslado del dolo al tipo está revaluada y suplida por la imputación jurídica como nexo de atribución jurídica entre el autor y su resultado.

5.2. Demostración de la insuficiencia argumentativa para la justificación del estudio del dolo en el tipo subjetivo: una revisión a la dogmática tradicional.

Habiendo esbozado la premisa anterior, pretende demostrarse en el presente espacio cómo es que los argumentos de la doctrina actual para justificar la permanencia del dolo en el tipo subjetivo no llegan a convencer del todo, o al menos a generar una sostenibilidad lógica interna o externa que convierta en aceptable tal postulación. En conclusión, cómo es que ni antes, ni ahora, existe una suficiencia argumentativa en el discurso de la teoría del delito para justificar la permanencia del dolo como elemento del tipo.

El método que se utilizará es el siguiente: se expondrán los argumentos de la doctrina contemporánea para la justificación del dolo como parte del tipo, y acto seguido, se mostrará porqué estos no podrían ser aceptados como verdades o dogmas totales que determinen el futuro de la dogmática penal. Es decir, se enunciará el resumen objetivo del argumento y se le dará una respuesta al mismo de forma inmediata, clarificando dos aspectos: i) cada uno de ellos ya fue explicado, abordando así las premisas de respaldo que son pertinentes, como las teorías base que expresaron sus autores, y demás criterios concomitantes y ii) solo se exponen estos por considerarse los más relevantes en la doctrina, partiendo de que los restantes sectores acogen reproducciones de los mismos, o les imprimen sutiles variaciones que no alcanzan a tener la relevancia necesaria para ser destacados en el presente estudio.

Primer argumento: El tipo penal se encarga del contenido del merecimiento de la pena del correspondiente delito, por esto, sería imposible perfilar o seleccionar el tipo, sin tener en cuenta el análisis del dolo; esto conllevaría una gran dificultad en la selección del tipo penal por parte del intérprete, que solo con los elementos objetivos no sabría si deberá aplicar el delito doloso o culposo en el correspondiente caso.

Respuesta: El tipo penal es *una parte* del contenido del merecimiento de la pena correspondiente al delito, no *es* el contenido mismo; una conclusión contraria llevaría afirmar que la sola realización del tipo objetivo sería suficiente para indicar que a quien se le puede imputar objetivamente, merece ser castigado. En realidad, el tipo penal es una *forma de redacción legislativa* que se emplea como una técnica reductora en las codificaciones estatales, a fin de no indicar el conjunto de normas que corresponden al delito en cada una de las descripciones objetivas que realiza.

El merecimiento de la pena ocurre cuando puede señalarse la existencia de un delito, es decir, una conducta típica y culpable, según las precisiones conceptuales inicialmente adoptadas (Pelaez Mejia, 2019). Si el tipo fuera expresión del contenido del merecimiento de la pena, este debería contener todos y cada uno de los elementos necesarios que deben darse para la imposición de la pena, por ejemplo, para el delito de homicidio lo siguiente: el que, bajo un actuar dominable y voluntario, despliegue una acción idónea de matar, se el resultado

muerte, y el mismo se corresponda causalmente con la conducta desplegada, se pueda atribuir objetivamente a su autor, quien no debe estar en una situación de justificación, debiendo a la vez, ser imputable, estar en una situación de motivación que permita la exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho y sea consciente de la ilicitud de su actuar, merecerá la pena.

¿Por qué los tipos penales no se redactan de esta manera? ¿acaso porque estos elementos no son necesarios para predicar el merecimiento de la pena? No, es porque el legislador necesita dejar unas normas planteadas de forma general conforme a las cuales se definirá la estructura completa del delito, es decir, de la conducta *punible, la que merece pena*, es que el tipo objetivo y subjetivo no merecen, por sí mismos pena.

Así, este cúmulo de elementos que conforman la realización del delito no precisan analizarse de la misma manera en la que están dispuestos por el ordenamiento jurídico, y me permito precisar con ello, no quiero decir que el intérprete pueda hacer y deshacer a su antojo la legislación penal, solo que es su trabajo interpretativo estructurar una figura dogmática coherente que permita el estudio de estas categorías de forma estructurada. Por esto, no necesariamente cuando el *tipo* penal señala que la conducta se realiza con dolo será necesario ubicarla en el estudio de la *tipicidad*. Máxime cuando en legislaciones como la colombiana el dolo no hace parte gramatical de la expresión típica, por lo que estaría tan presente como la imputabilidad o la consciencia de la ilicitud.

Segundo argumento: La tentativa presupone el dolo, por lo tanto, su ubicación por fuera del tipo haría imposible metodológicamente su estudio.

Respuesta: Este es, de lejos, uno de los planteamientos más serios que se han realizado como justificación del traslado del dolo al tipo objetivo; sin embargo, es necesario señalar que sigue fundamentándose en la necesidad de acoger el tipo como una representación de la realidad. Veamos, el argumento consiste en indicar que siempre que se analiza la tentativa, por su propia naturaleza deberá analizarse el contenido del dolo, pues se trata de una conducta querida, e iniciada en actos ejecutivos por el sujeto pero no lograda.

Ahora, la objeción es la siguiente: ¿toda conducta que se presta para un reproche doloso no fue previamente querida por el sujeto? ¿esto no llevaría a pensar que el dolo debería ser un componente previo al análisis de la conducta en el tipo objetivo?, es decir, dolo como primer requisito de las categorías del delito. Se llama la atención sobre algo que se volverá a lo largo de este ejercicio: la sistemática del derecho penal no está obligada a seguir la naturaleza de la actuación del hombre que comete el delito, sino a perfilar y modelar categorías que puedan interpretarla y sistematizarla de forma lógica y coherente.

Con base en lo anterior, nada impediría señalar, por ejemplo que la tentativa se trata de un tipo penal ejecutado idóneamente pero no acabado, y reprochable a través de la imputación subjetiva al haberse dirigido con dolo. Como se ve, esta propuesta en nada riñe con las garantías mínimas de la estructura del delito. Aunado a ello, es necesario compartir la tesis del profesor Molina Fernández, señalando que lo que precisa la peligrosidad del agente no es la voluntad de realización sino la realización del acto antijurídico idóneo. Que viene a ser imputada subjetivamente al verificar la configuración del dolo en su actuar.

Tercer argumento: Existe una gran cantidad de tipos penales que contienen verbos redactados de forma *final*, como “ofrecer resistencia” o en Colombia, los del concierto para delinquir³³, es decir, que tienen implícito, en lo objetivo una finalidad concreta, que solo podría estudiarse de forma concomitante al dolo.

Respuesta: Cuando la redacción de la conducta en el tipo contiene un fin en sí mismo, esto es, que aceptar la realización del tipo objetivo supone la aceptación de la realización del tipo subjetivo, como podría ocurrir con la redacción en Colombia del concierto para delinquir, en la que *objetivamente* el sujeto tiene que concertarse con la *finalidad* de delinquir. En este caso claro está que no se trata de elementos subjetivos especiales, sino de finalidades *objetivadas*, es decir que, como en el caso del acuerdo, hacen parte del acuerdo

³³ Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, tráfico de niñas, niños y adolescentes, trata de personas, del tráfico de migrantes, homicidio, terrorismo, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, drogas tóxicas o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada, ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables, contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo, explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales, y delitos contra la administración pública o que afecten el patrimonio del Estado, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2.700) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir o sean servidores públicos.

Cuando se tratare de concierto para la comisión de delitos de contrabando, contrabando de hidrocarburos y sus derivados, fraude aduanero, favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

mismo, y no por esto son tratadas como un elemento subjetivo, la mejor prueba de ello es que el componente cognitivo del dolo de este tipo pena consistirá en verificar que no solo que el sujeto conocía que se estaba concertando con otra persona, y que sabía que el objeto de ese acuerdo era el de cometer delitos, debido a que puede ocurrir que el sujeto se asocie con dos personas que cometen delitos, y haga parte de este acuerdo, sin saber la finalidad del mismo, pensando por ejemplo, que se trata de un acuerdo legal, en el marco del derecho vigente. Un caso podría ejemplarizarlo:

Pedro, quien se encuentra desempleado, recibe una oferta de trabajo en un particular sitio de Colombia, caracterizado por la ausencia fuerza policiaca y conocido como las invasiones o caseríos. Pablo fue quien lo contactó, manifestando que era representante de una empresa que estaba considerando la idea de invertir en el terreno, que generalmente está sitiado por casas a mitad de construcción y habitada por personas de bajo nivel económico; Pablo le indica a Pedro que lo necesita a efectos de prestar un servicio de celaduría, con el cual la comunidad había estado de acuerdo e incluso habían aceptado pagar una suma mensual por tal prestación, por lo que Pedro también tendrá que ir a cada casa a cobrar a fin de mes, el valor de la protección brindada. Pedro acepta, y es vinculado a la empresa Los Soles, cuyo director es Pablo y tiene varios proyectos similares en los locales menos favorecidos de la ciudad. Sin embargo, Pedro desconoce que Pablo en realidad es el líder en una estructura criminal que tiene amedrantada a la población de escasos recursos y cobra cuantiosas extorsiones mensuales bajo la figura de celadurías, utilizando, con todo un grupo de personas la fachada de la empresa Los Soles para dar una apariencia de legalidad al entuerto.

En el anterior caso, Pedro realizó el tipo objetivo, pero se encuentra en un claro error de tipo, es decir, el acuerdo de Pedro objetivamente poseía la finalidad de contribuir a la comisión de delitos, sin embargo, desconoció la finalidad del acuerdo.

Cuarto argumento: Los elementos subjetivos especiales, cuando el tipo penal los contiene, deben ser estudiados en la tipicidad, esto implica que el dolo, por simple consecuencia lógica, deba ir antes que su análisis: no puedo tener un querer especial si no tengo un querer general.

Respuesta: Este argumento parte de una premisa que carece de razón suficiente, esto es, ¿por qué los elementos subjetivos especiales deben ser analizados en el tipo? Nadie discute que de forma lógica el dolo deba ser un análisis previo al estudio de los elementos subjetivos especiales; sin embargo, ¿por qué estos hacen parte de la tipicidad? ¿solo por estar redactados en el tipo? Nuevamente debe diferenciarse la expresión *tipo penal* entendida como mecanismo legislativo empleado para abreviar la construcción de cada conducta punible, de *tipicidad* entendida como la categoría dogmática que se encarga de agrupar los elementos para entender realizado un aspecto puntual de la conducta, el tipo penal es una descripción,

mientras que la tipicidad es un juicio normativo e interpretativo realizado a partir de unos cánones jurídicos previamente dados.

La idea propuesta en el argumento daría también con una conclusión un tanto ridícula: la imputación objetiva y el nexo causal no deben ser estudiados en la tipicidad objetiva debido a que no se encuentran respectivamente en el tipo. ¿Acaso el tipo, para la asignación de la pena no supone la imputabilidad de quien realiza la conducta? Todos estos elementos deben estar incluidos en la lectura interpretativa del tipo, y su aparición o no en él no puede determinar qué elementos configurarán la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad en el sistema dogmático.

Quinto argumento: Ubicar el dolo en la culpabilidad constituye un rodeo innecesario para el intérprete que puede ocasionar más problemas de los que soluciona, básicamente, como tener las “las llaves guardadas en el sótano” cuando se vive en el primer piso.

Respuesta: Este es quizá uno de los peores argumentos que pueden emplearse para justificar el estudio del dolo en el tipo subjetivo, por las siguientes razones: i) utilizar un criterio absolutamente consecuencialista para justificar una posición dogmática, solo por la facilidad que representa su ubicación un símbolo claro de debilidad mental en el razonamiento y una subestimación hacia los encargados de aplicar las normas jurídicas, ii) el tiempo que se emplea en recorrer el tipo objetivo y posteriormente llegar a la culpabilidad para negarla, es menor que el tiempo que se emplea analíticamente para entender por realizado el tipo objetivo, el tipo subjetivo pero tener que declarar la exculpación porque el sujeto resultó inimputable, por lo que, si tal es el reparo estaríamos condenados a *perder tiempo* porque solo tendríamos una opción, trasladar todos los elementos de la culpabilidad al tipo, lo que, de igual manera, **no reduce** el tiempo empleado para su análisis.

Por último, una teoría del delito, por mayor intensidad comunicativa que posea, no puede ceder la naturaleza de sus instituciones solo por la complejidad que su empleo representa. Muestra de ello es que en un inicio, y aún, la teoría de la imputación objetiva representa varios problemas interpretativos, no solo en los juzgadores sino en las altas cortes de diferentes estados, por la interpretación de los textos que las exponen, las variables de diferentes casos, y la abundancia de tesis contrapuestas, sin embargo, renunciar a su análisis por ello sería, literalmente, la más impensable de las soluciones.

Sexto argumento: El tipo subjetivo es el reflejo de los elementos del tipo objetivo, por esta razón sería lógico pensar que no haya una mediación entre ellos.

Respuesta: Nuevamente nos enfrentamos a un argumento que puede constituir una pendiente resbaladiza en la que tendría que caminar con sumo cuidado por una sencilla razón: si se entiende por reflejo como *referencia*, es decir, el dolo hace referencia directa a

los elementos del tipo, tendría que aceptarse que de una u otra manera, todos los elementos del delito hacen referencia, directa o indirecta al mismo; incluso, la imputabilidad hace una referencia mayor en cuando determina la capacidad del sujeto para elevar el comportamiento (típico) realizado.

Por esta razón no podría compartirse una apreciación que parte de una premisa de dudosa procedencia dogmática: si bien es cierto el dolo es referencia al tipo en cuanto a conocimiento y voluntad, la imputabilidad también lo es en cuanto a capacidad.

Séptimo argumento: La teoría final corresponde al análisis natural de la conducta humana, por esto, la formulación del derecho a través de la configuración típica debe seguirle, analizando así lo objetivo y lo subjetivo, como consecuencia de la finalidad.

Respuesta: Este es uno de los argumentos que con mayor frecuencia se han repetido tanto por el finalismo puro como por los expositores de sus diferentes variables, incluso eclécticas, y son dos razones las que en consideración de esta investigación le desestiman: i) no es cierto que la tipicidad en la acción final sea – o se base en -el reflejo del comportamiento humano y ii) se incurre en la falacia naturalista.

Frente al primero: la naturaleza humana no se comporta en primer lugar de forma objetiva y posteriormente subjetiva. En todo momento el sujeto **actúa** bajo la ordenación de un pensamiento libre, tomando la decisión de obrar, y posteriormente lo ejecuta en actos que se vuelven objetivables al resultar, en la gran mayoría de ocasiones, en comportamientos empíricamente verificables. Pero en todo caso, conocimiento y voluntad (dolo) estarían primero en el comportamiento humano ¿o podríamos pensar que el sujeto primero mate y luego lo conozca y quiera matar, y con base en ello afirmáramos que mató con dolo?

Frente al segundo: no puede derivarse en momento alguno el *deber ser* del *ser* (Hume , 1992), por esto, el dolo no *debe* seguir la forma de ordenación que se encuentre dada (*sea*) por la teoría de la acción finalista y su interpretación de la naturaleza humana.

Octavo argumento: El tipo tiene un significado social referido a la antijuridicidad: si se deja por fuera el análisis del dolo, se causaría un *aplanamiento* de los grados de valoración de la ilicitud, siendo igual entonces la afectación al bien jurídico en un homicidio doloso con sevicia que un homicidio culposo.

Respuesta: Este argumento es falso por dos razones fundamentales. La primera de ellas es que el significado social de la conducta no se encuentra dado por el tipo, se encuentra dado por el delito como un conjunto de normas que determinan qué fenómenos afectan con mayor intensidad a la sociedad a partir del principio de fragmentariedad. Es decir, no podemos señalar que la conducta de un inimputable bajo una alteración mental total y

transitoria posea un significado social relevante para el derecho penal, entonces ¿porqué si ha de ser relevante el dolo para su entendimiento? Esta premisa parte de nuevo del criterio bajo el cual, tipo es idéntico al contenido valorativo necesario y suficiente que debe realizarse sobre el delito, pero esto deja por fuera la naturaleza misma del delito y conllevaría a aceptar premisas indeseables, entonces, el significado social del delito está en el delito, no en una parte de él. Esto inclusive, ya lo señalaría el profesor Roxin al indicar que **el juicio de desvalor social no distingue entre injusto y culpabilidad** (Roxin, 1997, pág. 311).

En segundo lugar, afirmar que este *aplanamiento* de los grados de valoración de la gravedad de la lesión al bien jurídico se da por la imposibilidad de analizar el dolo de forma previa a la lesividad, hoy en día es un hecho superado, toda vez que existen argumentos contundentes (Pelaez Mejia, 2019), adoptados al inicio de esta investigación para aceptar que la lesividad hace parte del tipo objetivo y que, a no ser que el dolo ahora sea el primer elemento del delito, es un despropósito calificar algo tan objetivo como la lesión al bien jurídico mediante la disposición de la voluntad del sujeto hacia su comisión.

Noveno argumento: Pese a no ser un argumento en sí mismo, sino una teoría, la doble posición del dolo se justifica a partir de la teoría de la acción final (propendiendo por ubicar el dolo en el tipo) y la necesidad de resolución de los errores en los presupuestos objetivos de las ausencias de responsabilidad (propendiendo por su concomitante ubicación en la culpabilidad)

Respuesta: Frente a estas teorías se comparten las críticas anteriormente realizadas por los profesores Silva Sánchez y Muños Conde, adicionando que una categoría dogmática no está exenta de las leyes de la lógica, por lo que, en virtud del principio de no contradicción (Copi, 2014), el dolo no puede ser y no ser al mismo tiempo. Esto es, no puede (el mismo contenido) estar en el tipo pero no estar en la culpabilidad, o no estar en el tipo y estar en la culpabilidad.

Décimo argumento: El dolo hace parte del tipo por constituir la realización del riesgo jurídicamente desaprobado en la imputación objetiva.

Respuesta: A pesar de que los postulados del profesor Yesid Reyes Alvarado constituyen una gran luz para el derecho penal colombiano contemporáneo, es necesario precisar que la tesis expuesta sobre la pertenencia del dolo a la realización del riesgo en el resultado se observa en esta investigación como el seguimiento de la evolución anteriormente criticado bajo la figura de la sinestesia dogmática: analizando lo netamente subjetivo en lo objetivo, y a pesar de su distinción entre lo subjetivo (dolo) y lo interno (culpabilidad), considero que siguen presentándose problemas al afirmar que el riesgo se realiza solo cuando el sujeto conocía y quería el resultado, precisamente porque el dolo se necesita también para afirmar, en algunos casos la creación del riesgo, *cogitio nemo patitur*.

Además de ello, lleva a un punto inaceptable el normativismo puro del profesor Jakobs, aceptando que una de las formas de realizar el riesgo es *quererlo*, llegando al castigo del pensamiento. Una cosa es aceptar que la disposición del conocimiento y la voluntad sea un fundamento para la graduación del castigo y otra que sea el fundamento del castigo en sí mismo, desatendiendo la ya pre-configurada premisa de que el pensamiento no delinque.

Con este ejercicio pretendió demostrarse que ninguno de los argumentos sostenidos hoy en día por la doctrina mayoritaria en la dogmática jurídico penal son suficientes para mantener un discurso coherente y categórico sobre la necesidad de estudiar el dolo como componente de la tipicidad.

5.3. La aporía de los errores en los presupuestos objetivos de las ausencias de responsabilidad.

Las aporías son en gran parte un problema lógico y, en ocasiones filosófico, que plantea disyuntivas imposibles de resolver, ya sea por una cuestión estructural, simbólica o del lenguaje; en muchas ocasiones, como en esta, se emplea como significante alegórico de una situación conflictiva imposible de resolver (Derrida, 1998).

Con base en lo anterior, procede a demostrarse que las diferentes consideraciones del que llevan a concebir el dolo como parte del tipo subjetivo generan un error irresoluble satisfactoriamente frente al fenómeno jurídico del error en los presupuestos objetivos de las ausencias de responsabilidad.

Este último grupo de casos se presenta cuando el sujeto *crea* erróneamente estar bajo una causal de justificación o de exculpación y comete una conducta típica con base en este conocimiento errado (Agudelo Betancur, 2017). Como se verá, ninguno de los esquemas del pensamiento penal elaborados hasta la actualidad ha presentado una solución coherente a nivel sistemático a este fenómeno jurídico que se presenta en no pocas ocasiones de la vida cotidiana, quedando con ello un vacío dogmático por resolver.

El primero de los casos, es decir, el error en los presupuestos objetivos de una causal de justificación se presenta, por ejemplo, cuando A, al caminar por la calle se encuentra a su peor enemigo B, con quien se ha jurado muerte en caso de encontrarse; lo ve en una noche oscura, precisamente en un callejón con poca iluminación y sin salida alguna; A decide cambiarse de acera para evadir a B, pero este último cambia también su dirección para al fin encontrarse de frente. B, repentinamente introduce su mano en el largo gabán que llevaba e indica “con esto aliviaré mi dolor”, ante esta expresión, A piensa que B sacará un arma del bolsillo para asesinarlo, por lo que, al percibir tal comportamiento como una agresión realmente existente (aunque carecía de realidad), desenfunda primero su arma y le da muerte.

Al verificar el cuerpo de B, y registrarlo, observa que lo que estaba sacando del bolsillo era una botella de licor.

Este ejemplo puede exponer con claridad, el error que tenía A sobre los presupuestos objetivos que posee la legítima defensa. En particular, A no se encontró en ningún momento bajo una agresión injusta de carácter inminente o actual, pero, consideró erradamente que esto era así. Esto es: A pensó estar inmerso en los presupuestos objetivos de una legítima defensa justificante.

El segundo de los casos, es decir, el error en los presupuestos objetivos de una causal de exculpación se presenta cuando, por ejemplo, A recibe una llamada de B quien indica tener secuestrada a su familia; para probarlo, pone al teléfono la dulce voz de una menor quien grita desesperada por la ayuda de su padre. Como exigencia para su liberación, plantea que A debe matar a su secretaria C, quien se encuentra a unos 5 metros de donde está recibiendo la llamada. B, quien pareciera conocer muy bien el lugar de trabajo de A, le indica que debe tomar el arma de fuego que radica en la última gaveta de su escritorio y propinarle dos disparos. A, movido por la necesidad de salvar a su familia de este peligro y pensando haber reconocido la voz de su hija pidiendo auxilio, acata las órdenes de inmediato. Una vez cumplida la misión homicida, vuelve al teléfono para darse cuenta de que estaba siendo objeto de una mala broma de otro empleado. La familia de A se encontró en su casa en todo momento, y nunca estuvo bajo una coerción real y efectiva que limitara su capacidad decisional.

En el anterior caso, A erró sobre los presupuestos objetivos de una causal de exculpación: pensó estar en una situación fáctica propia de la insuperable coacción ajena, pero esta nunca aconteció (Ferre Olive, Nuñez Paz, & Ramirez Barbosa, 2011). Algo similar ocurre en el caso en el que dos sobrevivientes de un naufragio que se encuentran sobre una tabla consideran, al despertar de su profundo desmayo, que la misma solo resistirá el peso de uno de los dos, por lo que uno le da muerte al otro, empujándolo fuera de la tabla y dejándole ahogar (Gomez Rivero, 2010). Todo, para concluir *ex post*, que en la tabla perfectamente hubiesen podido estar los dos y sobrevivir, pero por el constante oleaje no pudieron entenderlo de esta manera.

En los ejemplos expuestos hay varios aspectos en común: i) los sujetos cometieron conductas descritas por los ordenamientos jurídicos como delito, es decir, típicas, ii) erraron sobre los presupuestos objetivos de causales de ausencia de responsabilidad, es decir, consideran estar en un supuesto fáctico que implicaría la no punibilidad de su actuar y iii) el tratamiento de estos errores dependerá, en gran medida, de la ubicación, alcance y consideración que se tenga del dolo.

Antes de continuar debe aclararse que este fenómeno jurídico no puede confundirse con el debate sobre si debe exigirse o no el dolo de justificante entendido como el conocimiento de los hechos que origina la motivación de defensa. Frente a esto, se considera una discusión superada en tanto a que **no debe exigirse** un elemento subjetivo cuando efectivamente concurren los presupuestos objetivos de la defensa, pues se trata de una situación de autorización del sujeto, y este, para ejercer un derecho, no debe conocer que existe el mismo: no puede exigirse dolo de la permisón, solo de la prohibición (Pelaez Mejia, 2019)³⁴ (Araque, 2012).

Así, frente a problemática se han presentado una gran diversidad de soluciones jurídicas, que se anticipa, consisten en tratar estos errores como una figura *sui generis* que suscita la flexibilización de ciertas categorías dogmáticas, principalmente del dolo.

Por un lado puede observarse la posición del profesor Santiago Mir Puig, quien consideró en el caso de la legítima defensa putativa que se trataba de un error de tipo, argumentando que “aunque el error no afecte al tipo del delito, si afecta a la situación descrita en el tipo de la legítima defensa”, basándose para esto en la teoría de los elementos negativos del tipo penal y guardando silencio frente al problema de la exculpante (Mir Puig, 2016). Frente a esta solución será necesario recordar la crítica ya realizada a la exposición de los elementos negativos del tipo, que tiende a afirmar y negar en un solo momento la configuración del tipo penal atentando con ello contra principios elementales de la lógica.

Por otro, Zaffaroni considera que se la justificación putativa produce un error de prohibición indirecto debido a que el sujeto de una u otra manera está errando en el límite mismo de la justificante; mientras que al dilema de la exculpación considera que al tener un efecto de coacción psíquica similar al de la existencia real de la exculpación podría darse por suplida y equiparada a la existencia real de la exculpante misma, reconociendo con ello la impunidad del sujeto. Puede identificarse la influencia directa de Welzel en la posición del jurista argentino, pues este afirmaría en su “Derecho Penal Alemán” que:

[C]uando el autor supone erróneamente que se dan los presupuestos del estado de necesidad exculpante, se encuentra en la misma situación conflictiva anímica que cuando la suposición es acertada (...) hay que precisar indulgencia tanto aquí como allá salvo que el error mismo del autor fuera evitable: pero de todos modos el reproche de culpabilidad se atenúa en la medida en la que la suposición errónea de una situación del estado de necesidad era evitable, se trata como un error de prohibición. (Welzel, 1970, pág. 253)

³⁴ Un brillante análisis de la materia puede observarse en la obra del profesor Peláez, quien desarrolla los argumentos que fundamentan esta minoritaria postura.

Por su parte Wessels señalaría que quien repele el ataque presunto sigue actuando de forma antijurídica solo que se reconoce el error de tipo permisivo, haciendo alusión a la teoría de las normas anteriormente criticada, llevando así a absolver por error de tipo permisivo cuando el error es invencible y condenar por culpa cuando es vencible, si el delito admite esta modalidad; y frente a la exculpante, se acoge la teoría de la culpa para el error generando una punición dolosa atenuada para el error vencible y la exculpación por equiparación para el error invencible (Wessels, 1980).

En igual sentido, Maurach afirmaría que actúa de forma antijurídica quien erra sobre el presupuesto objetivo de la justificación, incluso bajo un error invencible, sin embargo, se trata de un error en el tipo permisivo, que define el profesor alemán como un “error *sui generis* que está a caballo entre el error de tipo y el de prohibición” (Maurach & Zipf, 1994, pág. 497) debido a que posee un tratamiento privilegiado que lleva a la culpa en caso de ser vencible. Por otro lado, frente al error en los presupuestos objetivos de la exculpación se considera como un error con autonomía propia, esto es, que no es un error de tipo tampoco de prohibición, por lo que su tratamiento atiende a criterios de justificación punitiva, señalando que se prefiere la consecuencia de exculpar el error vencible y atenuar el dolo del vencible. Esta consideración se mantiene en la posición actual de forma conjunta en los profesores Bulke, Satzger y Wessels (Wessels, Beulke, & Satzger, 2018).

De forma más reciente, el profesor Jakobs consideraría que en la justificante putativa debería aplicarse la teoría de la culpabilidad con remisión a las consecuencias, lo que conllevaría a la absolución en el error invencible, pero al castigo por culpa en el error vencible. Por otro lado, frente al error de exculpación señalaría que solo se exculpa si se cumplen dos presupuestos: i) concurre una presión motivacional real, y no aparente originada por el simple capricho del sujeto y ii) el error es inevitable. Por el contrario, si el error resulta ser evitable, tendrá que atenuarse el dolo con el que efectivamente se condene.

En el funcionalismo moderado de Roxin puede evidenciarse una solución un tanto más particular: la legítima defensa putativa se convierte en un error de tipo permisivo, es decir, con las consecuencias que esto repercute en el tipo; sin embargo, frente al error en los presupuestos objetivos de la exculpación, el profesor alemán concluye que no se trata de un tema de equivalencia, principalmente porque para él, la misma exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho, basada en un estado de necesidad, no exculpa puesto que aun permanece, aunque menguada, la *capacidad* de obrar conforme a derecho. Sencillamente, no existe necesidad preventiva de imposición de la pena en quien obra en un error tan particular, teniendo que concluirse que el sujeto que incurre en este error obra de forma injusta y culpable pero no responsable, por faltar en su actuar, la necesidad preventiva de la pena como respuesta político-criminal.

En Colombia, Ferré Olivé, Nuñez Paz y Ramírez Barbosa consideran que frente a la justificante putativa debe acudirse al dolo; sin embargo, la solución es contraria frente a la exculpante putativa, debido a que no puede afirmarse sistemáticamente que alguien obró con dolo de tipo y posteriormente no obró con dolo, compartiendo también la postura bajo la cual se trata como un error especial, que no está dirigido al tipo ni a la prohibición, planteando como solución la absolucón del error invencible y la condena atenuada en el dolo del error vencible. Generando una crítica a la redacción de las causales de ausencia de responsabilidad del Código Penal colombiano, por tratar de forma común a ambos errores (Derecho Penal Colombiano, parte general. Principios fundamentales y sistema, 2011)

Como puede observarse, este problema es verdaderamente *sui generis*, y lo es precisamente por la ubicación del dolo; veamos: el verdadero problema radica en que es imposible con la teoría tripartita del delito solucionar de forma coherente la justificación putativa bajo la ausencia de dolo, por dos razones elementales: i) si la justificante hace parte de la antijuridicidad, el dolo ya fue afirmado en el tipo y no tendría forma lógica de estudiarse dos veces bajo el mismo contenido y ii) la teoría de los elementos negativos del tipo es, en todo, muestra de incongruencia jurídica, para no ser redundante, será necesario remitirse a los argumentos esbozados anteriormente. Por otro lado, aplicar la solución de la culpabilidad frente al error exculpante equivale a darle un tratamiento *material* como un error de prohibición, aún cuando todos aceptan que no se está errando frente al contenido de la norma prohibitiva sino ante un supuesto fáctico, entonces ¿si son circunstancias diferentes, por qué darles un tratamiento semejante?

Lo cierto es que ambas modalidades de error tienen algo en común: se yerra sobre el presupuesto fáctico, no sobre el jurídico, esto llevaría a pensar que la solución está en el dolo, pero es su **ubicación** y no otra cosa lo que impide su efectiva resolución.

Por último, la tesis del profesor José María Peláez basada en la inclusión de las justificaciones como parte de la imputación objetiva soluciona de forma coherente a nivel sistemático la figura del error en los presupuestos objetivos de la justificante, se convierte en un error de tipo; sin embargo, esta consideración implica que el sujeto pasivo de la defensa putativa, tiene el deber de soportarla, y además de ello, se le impide acudir a la legítima defensa para repeler la situación³⁵, por lo que solo podría operar en un estado de necesidad exculpante, y esto conlleva a afirmar que el sujeto habría realizado un injusto penal en el intento de defenderse, lo que no exime la derivación de consecuencias civiles.

En el ejemplo traído a colación para explicar el error en los presupuestos objetivos de la legítima defensa puede evidenciarse el problema: en aquel caso, B, quien solo tenía la

³⁵ Nadie podría alegar legítima defensa de la legítima defensa. Precisamente porque esta última es *legítima*: no puedo defenderme, bajo autorización, de un acto legítimo (Bustos Ramirez, 2005).

intención de tomarse un trago para ahogar su ira y dolor, no podría defenderse legítimamente de su agresor, puesto que, al estar A en un error de tipo, no estaría bajo una agresión *injusta*, y por tal razón, no se cumpliría el supuesto para activar la justificante. Esto indica que B, jurídicamente, solo se encuentra ante un *peligro actual o inminente*, que activa la exculpante de estado de necesidad, trayendo como consecuencia que B realizaría un injusto al defenderse.

Esto implica, que las acciones típicas que pueda ejecutar B para conjurar tal situación seguirán estando prohibidas por el ordenamiento jurídico, y esto, conlleva desautorizar el comportamiento materialmente defensivo de un ciudadano inocente, que en ningún momento habría ocasionado un actuar precedente que justificara su agresión. Por lo que, aún B, tendría que responder civilmente por las posibles heridas que le cause a A, al defenderse.

En este orden de ideas, en el presente trabajo se considera que no se corresponde con las garantías estatales de libertad, dignidad e igualdad, que un sujeto inocente no pueda ejercer libremente su defensa frente a lo que materialmente constituye una agresión injusta, y además, que los actos que cometa para defenderse sean considerados como típicos por el ordenamiento jurídico.

Bajo este acápite pretendió demostrarse que la ubicación del dolo en el tipo origina un problema irresoluble de cualquier manera ante el error en los presupuestos objetivos de las ausencias de responsabilidad.

5.4. El fundamento de una propuesta.

Con las tres demostraciones anteriores se pretende evidenciar un aspecto fundamental: la dogmática jurídico penal actual no cuenta con un soporte discursivo que justifique el tratamiento del dolo como un elemento del tipo subjetivo, aspecto que será recogido con mayor profundidad en las conclusiones de este trabajo. Principalmente porque, tal y como lo resaltara el maestro Luis Greco, la evolución del pensamiento penal, incluso desde Feuerbach, se encuentra marcada por una gran cantidad de condicionantes hipotéticos que mediatizan en este caso la teoría del delito, convirtiéndola en una herramienta en función de la solución del problemas eminentemente prácticos, dejando a un lado, los argumentos que permiten justificar su *deber ser* bajo un planteamiento categórico irrenunciable, común a todo tiempo, lugar y ordenamiento jurídico.

Sin embargo, queda la notable duda ¿si el dolo no *debe* ser estudiado como parte del injusto, entonces dónde? La presente investigación surgió con un objetivo más ambicioso que el actualmente obtenido: se pretendía sentar las bases de un sistema de imputación subjetiva (García Cervero, 2005) (Köhler, 2016), entendido como categoría dogmática que se

basara en una interpretación extensiva del principio de culpabilidad, bajo la estratificación que a continuación se grafica:

Tabla 2: esquema del delito a través de la imputación subjetiva

| DELITO | |
|---|--|
| Requisitos de imputación objetiva o injusto | Ejemplo con el delito de Homicidio simple realizado con dolo directo |
| <p>1. Creación del riesgo jurídicamente desaprobado</p> <p>1.1. Elementos objetivos especiales.</p> <p>1.1.1. Sujeto activo</p> <p>1.1.2. Conducta</p> <p>1.1.3. Sujeto pasivo</p> <p>1.1.4. Objeto material</p> <p>1.1.5. Complementos</p> <p>1.2. Elementos objetivos generales</p> <p>1.2.1. Lesividad y bien jurídico</p> <p>1.2.2. Desaprobación general del riesgo</p> | <p>1. Deberá crearse un riesgo jurídicamente desaprobado al cumplirse las siguientes condiciones:</p> <p>1.1. A nivel especial:</p> <p>1.1.1. El autor, que podrá ser cualquier persona.</p> <p>1.1.2. Deberá realizar una acción de matar</p> <p>1.1.3. En contra de un ser humano</p> <p>1.1.4. Bis</p> <p>1.1.5. N/A</p> <p>1.2. A nivel general:</p> <p>1.2.1. La conducta del autor deberá lesionar el bien jurídico de la vida.</p> <p>1.2.2. De forma jurídicamente desaprobada.</p> |
| <p>2. Realización del riesgo en el resultado</p> <p>2.1. Resultado</p> <p>2.2. Nexo causal</p> <p>2.3. Nexo jurídico</p> | <p>2. Dicho riesgo deberá concretarse en el resultado, lo cual ocurrirá, sí y solo sí, cumple las siguientes condiciones:</p> <p>2.1. El ser humano muere.</p> <p>2.2. La acción de matar desplegada por el sujeto activo es la que causa su muerte.</p> <p>2.3. El resultado muerte es atribuible normativamente a la acción de matar realizada por el sujeto activo.</p> |
| Requisitos de imputación subjetiva | Ejemplo con el delito de Homicidio simple realizado con dolo directo |
| <p>1. Condiciones generales de posibilidad del juicio de reproche:</p> <p>1.1. Imputabilidad</p> | <p>1. Para poderle reprochar al sujeto activo la comisión del injusto de homicidio deberá:</p> <p>1.1. Ser imputable</p> |

| | |
|---|--|
| 1.2. Exigibilidad de conducta conforme a derecho | 1.2. Serle exigible haber actuado conforme a derecho |
| 2. Condiciones particulares del juicio de reproche 2.1. Forma particular de ejecución subjetiva de la conducta 2.1.1. Intencional 2.1.1.1. Dolo 2.1.1.2. ESE 2.1.2. No intencional 2.1.2.1. Dolo eventual 2.1.2.2. Culpa con representación 2.1.2.3. Culpa sin representación 2.2. Conciencia de lo ilícito | 2. Para reprocharle de manera particular la realización del injusto deberán cumplirse las siguientes condiciones: 2.1. Subjetivamente actuar 2.1.1. De forma intencional por 2.1.1.1. Haber ejecutado la conducta conociendo los hechos constitutivos del injusto y queriendo su realización 2.1.1.2. N/A 2.1.2. N/A 2.2. Tendrá que saber que su conducta era un delito en Colombia. |

Autor: Juan Camilo Páez Jaimes.

Lo que llevó a que esta no fuera la conclusión principal de la investigación fue la aceptación de la necesidad de encontrar un fundamento categórico que permita demostrar porqué dolo y culpa merecen el tratamiento anteriormente dado. Hasta el momento, la propuesta graficada se considera la mejor solución a los problemas dogmáticos anteriormente planteados, pero justificarlo de esta manera sería caer en el mismo supuesto que se critica pues creo fielmente que el derecho penal no debe sucumbir ante los criterios consecuencialistas sino encontrar el fundamento de su *deber ser*; hasta el momento se piensa que consiste en el abandono de la culpabilidad como categoría dogmática, redefiniendo los efectos de su esencia como principio, propiciando esta imputación subjetiva, que básicamente funcionaría de forma correlativa a la imputación objetiva.

Así como con la imputación objetiva se analiza si jurídicamente (objetivamente) un resultado le pertenece a su autor, la imputación subjetiva analizaría si subjetivamente también le pertenece. Dejo claro que esta no es la propuesta dogmática de la presente investigación, sino la perfilación del modelo que se busca, precisando que aún se encuentra en construcción, y se hace pública debido a que no podrá ser mejorada y perfeccionada si no es sometida a las constructivas críticas de los demás juristas.

6. Conclusiones

A pesar de la extensión de esta investigación las conclusiones pueden resumirse en los siguientes puntos:

- 1) El sistema moderno de derecho penal de Alemania funciona a través de esquemas de pensamiento. Estos, a partir del esquema clásico han construido un discurso cambiante en torno a los diferentes elementos que estructuran el delito, pero sobre todo, bajo el concepto de acción, se ha afectado el contenido, ubicación y significado del dolo, entendiéndose en primera medida como un componente de la culpabilidad: la *forma* de culpabilidad en los clásicos y un *elemento* de la misma en los neoclásicos.
- 2) A pesar de la fuerte y precisa elaboración dogmática que trajeron los sistemas clásicos y neoclásicos, es decir, causalistas, seguían presentando un verdadero problema frente a los criterios de limitación de la causalidad, puesto que su configuración permitía señalar como conductas realizadoras del tipo penal aquellas que ni siquiera les pertenecían al agente.
- 3) Se demostró en la presente investigación que la teoría de la acción final nace bajo un discurso hipotético: solucionar los problemas de causalidad ciega que propicia la concepción de la acción en los sistemas causalistas. A través del estudio del dolo como parte del tipo se podía limitar ciertamente el efecto de esta causalidad desbordada a fin de negar la existencia de la tipicidad cuando el sujeto no estuviera psicológicamente vinculado con la producción del resultado, es decir, no hubiera anticipado su voluntad a la obtención del mismo.
- 4) Se demostró que el discurso que subyace al cambio de la teoría de la acción final está revaluado por varias razones que pueden resumirse en los siguientes aspectos: i) la teoría de la acción final posee sendos problemas al momento de explicar el delito imprudente y los delitos de omisión, ii) el problema de la causalidad se encuentra ampliamente superado con la llegada de la imputación objetiva como criterio limitador de la atribución penal, y iii) es falso señalar que la acción final se configura de forma correlativa a la naturaleza misma del sujeto debido que, si así fuera, el dolo debería ser el primer elemento a analizar en la estructura del tipo: un hecho doloso primero se quiere y luego se realiza.
- 5) La doctrina no finalista contemporánea ha seguido elaborando argumentos de toda índole a fin de justificar la permanencia del dolo en el injusto, sin embargo se considera en esta investigación que obedecen a la *conveniencia* de solucionar problemas del delito específicos, que entre otras cosas, solo existen por la misma ubicación del dolo en aquel lugar. Se demostró uno por uno, como es que todos estos argumentos que componen el discurso sustentador del dolo en el injusto sucumben ante la crítica.
- 6) Se demostró que actualmente no existen argumentos que verdaderamente permitan señalar al dolo como una categoría dogmática que *deba* estudiarse en el injusto, y además, se demostró que tal ubicación es contraintuitiva, y suscita problemas *irresolubles* al momento de afrontar el error en los presupuestos objetivos de las ausencias de responsabilidad penal.

- 7) A partir del estudio de la categoría dogmática de la culpabilidad se logró establecer que, pese a dirigirse a lo largo del tiempo hacia un discurso *puramente normativista*, vaciándose del dolo y los elementos subjetivos especiales, aún sigue teniendo en la doctrina un componente puramente psicológico, tanto es así que al momento de analizar el error en los presupuestos objetivos de las exculpantes, la doctrina mayoritaria sugiere la equivalencia a la exculpante verdadera por la situación motivacional del sujeto, es decir, su condición anímica frente al hecho. Sin embargo, una exigencia netamente normativista plantearía una solución diferente debido a que lo que debería entenderse es que el legislador señaló en abstracto unas situaciones que, de cumplirse suscitarían el perdón del ciudadano, y de no cumplirse, tendría que darse un tratamiento diferente.

El tipo objetivo es puramente normativo, y que el ciudadano piense que lo está realizando no puede equipararse a que efectivamente lo haya realizado, por una sola razón: no analiza su estado motivacional.

- 8) Por último, habiendo demostrado que el dolo *no debe* ser estudiado en la tipicidad, se dejan esbozados los pilares de lo que pretende ser una teoría de la imputación subjetiva como categoría dogmática basada en la aplicación del principio de culpabilidad, en la que se renuncie a la tradicional y cerrada concepción de culpabilidad como categoría dogmática, y que permita el análisis coherente de los elementos que componen el juicio de atribución subjetivo al sujeto.

7. Bibliografía

- Agudelo Betancur, N. (2011). Causales de inculpabilidad. En N. Agudelo Betancur, J. Urbano Martínez, & C. Gomez Pavajeau, *Lecciones de derecho penal parte general* (2 ed.). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Agudelo Betancur, N. (2011). Elementos de la culpabilidad. En N. Agudelo Betancur, J. Urbano Martínez, & C. Gomez Pavajeau, *Lecciones de derecho penal parte general* (2 ed.). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Agudelo Betancur, N. (2011). Evolución del método dogmático. En N. Agudelo Betancur, J. Urbano Martínez, & C. Gomez Pavajeau, *Lecciones de derecho penal parte general* (2 ed.). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Agudelo Betancur, N. (2015). *Curso de Derecho Penal. Esquemas del delito* (4 ed.). Medellín, Colombia: Nuevo Foro Ediciones.
- Agudelo Betancur, N. (2017). *Defensa Putativa* (2 ed.). Bogotá D.C., Colombia: Temis.
- Araque Moreno, D. (2016). *Lecciones de derecho penal. Introducción y fundamentos de imputación de responsabilidad penal* (1 ed.). Bogotá, Colombia: Ibañez.

- Araque, D. (2012). La discusión sobre el elemento subjetivo en las causas de justificación. En D. Araque, *Estudios de derecho Penal: Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla* (págs. 799-828). Medellín: Selo Editorial, Universidad de Medellín.
- Araque, D. (2012). La discusión sobre el elemento subjetivo en las causas de justificación . En D. Araque, *Estudios de Derecho Penal: Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla* (págs. 799-828). Medellín: Sello Editorial.
- Barajas Conde, D. J., Pelaez Mejia, J. M., & Silva Reyes, A. (2013). *Significado, alcance y criterios de imputación objetiva* (1 ed.). Cúcuta, Colombia: Universidad Libre.
- Beling , E. v. (2002). *Esquema de derecho penal - la doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires, Argentina: Librería el Foro.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Bustos Ramirez, J. (1967). *Culpa y finalidad*. Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Bustos Ramirez, J. (2005). *Introducción al Derecho Penal* (3 ed.). Bogotá, Colombia: Temis.
- Campillo, A. (1995). Foucault y Derrida: historia de un debate sobre la historia. *Daimon*, 11, 59.82.
- Carrara, F. (2004). *Programa de derecho criminal, parte general* (Vol. 1). Bogotá, Colombia: Temis.
- Castro Ospina, S. (2011). Tipo subjetivo. En N. Agudelo Betancur, J. Urbano Martinez, & C. Gomez Pavajeau, *Lecciones de derecho penal parte general* (2 ed.). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Cerezo Mir, J. (1981). La doble posición del dolo en la ciencia del Derecho penal española. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 445-460.
- Clavijo Caceres, D., Guerra Moreno, D., & Yañez Meza, D. (2014). *Método, metodología y técnicas de la investigación aplicada al derecho*. Bogotá, Colombia: Ibañez.
- Copi, I. (2014). *Introducción a la lógica* (4 ed.). Buenos aires, Argentina: Eudeba.
- Cordoba Roda, J. (1963). *Una nueva concepción del delito. La doctrinade la acción finalista*. Barcelona, España: Ariel.
- Derrida, J. (1968). *De la gramatología* (4 ed.). Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI Editores.
- Derrida, J. (1998). *Aporías*. Madrid, España: Ediciones Paidós Ibérica.
- Diaz y Garcia Conlledo, M. (2008). *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. Madrid, España: La ley.
- Dohna, A. G. (2018). *La estructura de la teoría del delito* (1 ed.). Bogotá, Colombia: Ibañez.
- Donna, E. A. (2002). *La autoría y la participación criminal* (2 ed.). Buenos Aires, Argentina: Rubinzal - Culzoni Editores.

- Fakhouri Gomez, Y. (2012). *El objeto del dolo en derecho penal*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad externado ediciones.
- Fernandez Carrasquilla, J. (2002). *Derecho penal liberal de hoy: introducción a la dogmática axiológica jurídico-penal*. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Fernandez Carrasquilla, J. (2007). *Delito y error: perspectiva político-criminal y esquema dogmático* (2 ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Leyer.
- Fernandez Carrasquilla, J. (2017). *Derecho Penal, parte general: teoría del delito y de la pena* (Vol. 1). Bogotá, Colombia: Ibañez.
- Ferre Olive, J. C., Nuñez Paz, M. A., & Ramirez Barbosa, P. A. (2011). *Derecho Penal Colombiano, parte general. Principios fundamentales y sistema* (1 ed.). Bogotá, Colombia: Ibañez.
- Feuerbach, P. A. (1799). *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*. Alemania : Aalen.
- Fischer, H. A. (1966). *Die Rechtswidrigkeit* (2 ed.). Frankfurt-Main, Alemania: Verlag Saurer & Auvermann.
- Foucault, M. (2002). *La arqueología del saber* (1 ed.). Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI editores.
- Frank, R. (2002). *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad* (1 ed.). Montevideo, Uruguay: B d F Ltda.
- Freudenthal, B. (2003). *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: B d F editores.
- Gallas, W. (1959). *La teoría del delito en su momento actual* (1 ed.). Barcelona, España: Bosch.
- Garcia Caverro, P. (2005). La imputación subjetiva en derecho penal. En U. Kindhäuser, P. Garcia Caverro, & N. Pastor, *Cuestiones actuales de derecho penal general y patrimonial*. Lima, Perú: Ara editores E.I.R.L & Universidad de Piura.
- Goldschmidt, J. (1943). *La concepción normativa de la culpabilidad*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Gomez Rivero, M. (2010). *Casos prácticos de derecho penal parte general*. Madrid, España: Tecnos.
- Greco , L. (2015). *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Greco, L. (Octubre de 2010). Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del derecho penal. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*(4), 1-36.
- Hassemer, W. (2018). *Fundamentos del derecho penal*. Ciudad de México, México: Instituto nacional de ciencias penales.
- Hegler , A. (1914). Die Merkmale des Verbrechens. *ZSTW*, 36, 19-44.

- Heidegger, M. (2003). *Ser y Tiempo*. Madrid, España: Trotta.
- Hernandez Sampieri, R. (2006). *Metodología de la investigación*. México: McGraw-Hill.
- Hruschka, J. (1994). Reglas de comportamiento y reglas de imputación. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 343-356.
- Hume, D. (1992). *Tratado de la naturaleza humana* (2 ed.). Madrid, España: Tecnos.
- Ihering, R. v. (2013). *El elemento de culpabilidad en el derecho privado romano*. (J. L. Dalbora, Trad.) Buenos Aires, Argentina: Julio César Faira Editor.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación* (2 ed.). Madrid, España: Marcial Pons.
- Jakobs, G. (1997). *Estudios de Derecho Penal* (1 ed.). Madrid, España: Editorial Civitas, SA.
- Jakobs, G. (1998). Conocimiento y desconocimiento de la norma. En J. Günther, & E. Struensee, *Problemas capitales del derecho penal moderno* (págs. 55-80). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Jakobs, G. (1998). Imputación juridicopenal: Desarrollo del sistema a partir de las condiciones de vigencia de la norma. En J. Gunther, *Problemas capitales del derecho penal moderno* (págs. 33-55). Buenos aires: Hamurabi.
- Jescheck, H.-H. (01 de 05 de 2003). Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1-19.
- Jescheck, H.-h., & Weigend, T. (2002). *Tratado de derecho penal, parte general*. Granada, España: Comares, S.L.
- Jimenez de Asua, L. (1961). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Losada.
- Kaufmann, A. (1975). Sobre el estado de la doctrina del injusto penal. *Nuevo pensamiento penal*(6), 177.
- Kindhäuser, U. (2005). Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso. En U. Kindhäuser, P. Garcia Caverro, & N. Pastor, *Cuestiones actuales de derecho penal general y patrimonial*. Lima, Perú: Ara editores. E.I.R.L. & Universidad de Piura.
- Kindhäuser, U. (2005). La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad. En U. Kindhäuser, P. Garcia Caverro, & N. Pastor, *Cuestiones actuales de derecho penal general y patrimonial*. Lima: Ara editores E.I.R.L & Universidad de Piura.
- Klug Ulrich. (2020). *Lógica jurídica*. Bogotá: Temis.
- Köhler, M. (2016). La imputación subjetiva: estado de la cuestión. En C. Roxin, *Sobre el estado de la teoría del delito* (págs. 69-73). Navarra: Civitas.
- Köhlrausch, E. (1910). *Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung*. (Güterbock-Festgabe, Ed.) Berlín, Alemania.
- Lesch, H. H. (2016). *El concepto de delito, las ideas fundamentales de una revisión funcional*. Madrid, España: Marcial Pons.

- Liszt, F. V. (1914). *Tratado de Derecho Penal, traducido de la primera edición alemana*. (1 ed., Vol. I). Madrid, España: Hijos de Reus, Editores.
- Liszt, F. V. (1914). *Tratado de derecho penal, traducido de la primera edición alemana*. Madrid: Hijos de Reus, editores.
- Liszt, F. V. (1914). *Tratado de derecho penla, traducido de la primera edición alemana* (1 ed., Vol. III). Madrid, España: Hijos de Reus, editores.
- Löffler, A. (1895). *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*. Leipzig, Alemania: Werner Schubert.
- Luzon Peña, D.-M. (2012). Libertad, culpabilidad y neurociencias. *InDret*, 1-59.
- Maurach, R., & Zipf, H. (1994). *Derecho Penal. Parte General* (1 ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Maurach, R., & Zipf, H. (1994). *Derecho penal. Parte General: Teoría general del derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Atrea.
- Mezger, E. (1958). *Derecho Penal, parte general*. (B. Lerner, Ed.) Buenos Aires, Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina.
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal, parte general* (10 ed.). Barcelona, España: Reppertor.
- Molina Fernandez, F. (2017). El razonable "regreso" del dolo a la culpabilidad. En J. M. Silva Sanchez, J. J. Queralt Jimenez, M. Corcoy Bidasolo, & M. T. Castiñeira Palou, *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig* (págs. 735-751). Montevideo, Uruguay: B de F editores.
- Muñoz Conde, F. (1989). *El error en derecho penal*. Valencia, España: Tirant Lo Blanc.
- Muñoz Conde, F. (2000). *Edmundo Mezger y el Derecho penal en su tiempo*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (2018). *Teoría general del delito* (3 ed.). Bogotá D.C., Colombia: Temis.
- Nino, C. S. (1989). *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)* (2 ed.). México D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Orellana Wiarco, O. (2014). *Teoría del delito: sistemas causalista, finalista y funcionalista* (22 ed.). Torreón, México: Porrúa S.A.
- Pelaez Mejia, J. M. (2019). *Causales de justificación y ausencia de lesividad como criterios negativos de imputación objetiva. Una propuesta de amplicación del concepto riesgo permitido para la constitución de un esquema bipartito del delito*. Bogotá: Universidad Libre.
- Pelaez Mejia, J. M., & Quintero Jaimes, R. A. (2020). *Esquemas del delito: requisitos para la existencia de una conducta punible*. Bogotá, Colombia: Tirant lo Blanch.
- Pino, G. (2011). Principios, ponderación y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticas. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del derecho*(34), 201-228.

- Poldino Navarrete, M. (1972). Los elementos subjetivos del injusto en el derecho español. *Anales de la Universidad Hispalense*(13).
- Puppe, I. (2010). *La distinción entre dolo e imprudencia*. (1 ed.). Buenos Aires, Argentina: Hamurabi.
- Reyes, Y. (2012). La configuración del dolo y la teoría del error. En D. Araque, *Estudios de Derecho Penal: Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla* (págs. 1011-1032). Medellín: Sello editorial, Universidad de Medellín.
- Rios Lago, M., & Peña Melian, A. (2015). *Sinestesia, bases neuroanatomicas y cognitivas*. Madrid, España: Universidad Complutense de Madrid.
- Roxin, C. (1976). *Problemas básicos del derecho penal*. Madrid, España: Reus.
- Roxin, C. (1981). *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Madrid, España: Reus, SA.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal parte general, fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (1 ed., Vol. 1). Madrid, España: Civitas.
- Roxin, C. (2002). *Política criminal y sistema de derecho penal* (2 ed.). (J. L. Depalma, Ed.) Buenos Aires, Argentina: Hamurabi.
- Roxin, C. (2010). A manera de prólogo: reflexiones sobre la configuración del sistema penal. En M. Ferre Olive, Nuñez Paz, & Ramirez Barbosa, *Derecho Penal Colombiano. Parte General. Principios fundamentales y sistema* (págs. 35-58). Bogotá, Colombia: Grupo editorial Ibañez.
- Roxin, C. (2016). Fundamentos político-criminales y dogmáticos del derecho penal. En K. Ambos, M. L. Böhm, & J. Zuluaga, *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en alemania* (págs. 113-120). Göttingen, Alemania: Göttingen University Press.
- Salas, M. (2015). Ni Roxin ni Jakobs: ¿necesita la dogmática jurídica otro repertorio más de fórmulas vacías? *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*(38), 347-374.
- Salazar Marin, M. (2006). *Teoría del delito con fundamento en la escuela dialéctica del derecho penal*. Bogotá, Colombia: Ibañez.
- Sanchez Herrera, E. M. (2007). *La dogmática de la teoría del delito. Evolución científica del sistema del delito* (1 ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Schünemann, B. (Enero de 2008). El propio sistema de la teoría del delito. *InDret*, 20.
- Silva Sánchez, J. (1991). Introducción. En B. Schünemann, *El sistema moderno de derecho penal: cuestiones fundamentales* (págs. 11-22). Madrid, España: Tecnos.
- Silva Sanchez, J. M. (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo* (1 ed.). Barcelona, España: Bosch Editores.
- Stratenwerth, G. (2017). *Derecho Penal. Parte General* (Vol. 1). BUENOS AIRES, Argentina: Hammurabi.
- Torregroza, E. J. (2004). *Una introducción a Derrida* (1 ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Libre.

- Urteaga, E. (2010). La teoría de sistemas de Niklas Luhmann. *Contrastes. Revista internacional de filosofía*, XV, 301-317.
- Vacchelli, E. (Noviembre de 2015). La crisis de la accesoriedad limitada. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 14, 113-152.
- Vanegas Torres, G. (2011). *Guía para la elaboración de proyectos de investigación* (3 ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Libre.
- Weber, H. v. (1982). Para la estructuración del sistema del derecho penal. *Nuevo Foro Penal*(13), 567-589.
- Welzel, H. (1951). *Teoría de la acción finalista*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Welzel, H. (1970). *Derecho Penal alemán parte general*. Santiago de Chile, Chile: Jurídica de Chile.
- Welzel, H. (2002). *El nuevo sistema de derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: B de F.
- Wessels, J. (1980). *Derecho penal parte general*. Buenos Aires, Argentina: De Palma.
- Wessels, J., Beulke, W., & Satzger, H. (2018). *Derecho penal parte general, el delito y su estructura*. Lima, Perú: Pacífico editores.
- Zaffaroni, E. R. (2000). *Derecho Penal, parte general* (2 ed.). Buenos Aires, Argentina: Ediar.