

# Causales de justificación y ausencia de lesividad como criterios negativos de imputación objetiva

Una propuesta de ampliación del concepto riesgo permitido para la constitución de un esquema bipartito del delito.

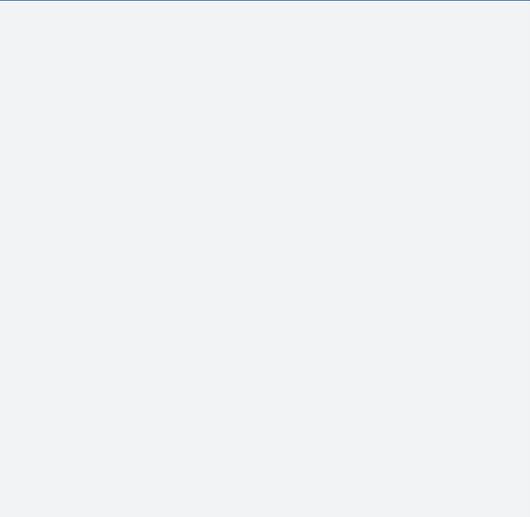
---

José María Peláez Mejía



**UNIVERSIDAD  
LIBRE®**

Facultad de Derecho  
Doctorado en Derecho  
Bogotá D.C.





**UNIVERSIDAD LIBRE®**  
Vigilada Mineducación

## **Directivas**

<b>Presidente Nacional</b>	Jorge Alarcón Niño
<b>Vicepresidente Nacional</b>	Jorge Gaviria Liévano
<b>Rector Nacional</b>	Fernando Dejanón Rodríguez
<b>Secretario General</b>	Floro Hermes Gómez Pineda
<b>Censor Nacional</b>	Ricardo Zopó Méndez
<b>Presidente Nacional de Planeación (e)</b>	Alejandro Muñoz Ariza
<b>Directora Nacional de Investigaciones</b>	Elizabeth Villarreal Correcha
<b>Presidente Seccional</b>	María Elizabeth García González
<b>Rector Seccional</b>	Fernando Arturo Salinas Suárez
<b>Decano de la Facultad de Derecho (e)</b>	Fernando Arturo Salinas Suárez
<b>Secretaria Académico</b>	Ana Rocío Niño Pérez
<b>Directora Instituto de Posgrados (e)</b>	Nohora Elena Pardo Posada
<b>Director Centro de Investigaciones</b>	John Fitzgerald Martínez Vargas
<b>Directora del Doctorado</b>	Liliana Estupiñán Achury
<b>Director de la Tesis de Grado</b>	Alfonso Daza González

Peláez Mejía, José María

Causales de justificación y ausencia de lesividad como criterios negativos de imputación objetiva : una propuesta de ampliación del concepto riesgo permitido para la constitución de un esquema bipartito del delito / José María Peláez Mejía. -- Bogotá : Universidad Libre, 2019.

474 p. : il. ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN 978-958-5466-86-9

1. Causalidad (Derecho penal) 2. Culpa jurídica 3. Responsabilidad penal

345.04

SCDD 21

Catalogación en la Fuente – Universidad Libre. Biblioteca

Comentarios y sugerencias:

Correo-e del autor:

© Facultad de Derecho, 2019

© Universidad Libre Sede Principal, 2019

ISBN IMPRESO: 978-958-5466-86-9

ISBN DIGITAL: 978-958-5466-87-6

Queda hecho el depósito que ordena la ley.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por medio de cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo (Ley 23 de 1982), sin permiso escrito del autor.

Editorial: Universidad Libre

Coordinación editorial: Luz Bibiana Piragauta Correa

Correo-e: comunicaciones@unilibre.edu.co

Calle 8 No. 5-80, Tel: 3821000, Bogotá D.C.

Diseño y diagramación: AF&M Producción Gráfica S.A.S.

Esta obra está cofinanciada por el Fondo de Publicaciones de la Universidad Libre

Impreso en Colombia en los talleres gráficos

de AF&M Producción Gráfica S.A.S.

Calle 63B No. 71C-45, Of. 402

Tel.: +1 (57) 252 1938 - 250 1584

afmproducciongrafica@gmail.com

Bogotá D.C., Colombia 2019

Printed in Colombia

## JOSÉ MARÍA PELÁEZ MEJÍA



Doctor Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Sede Principal.

Tesis doctoral titulada: Causales de justificación y ausencia de lesividad como criterios negativos de imputación objetiva. Una propuesta de ampliación del concepto riesgo permitido para la constitución de un esquema bipartito del delito.

Máxima distinción Summa Cum Laude.

José María Peláez Mejía es doctor en Derecho con mención Summa Cum Laude de la Universidad Libre (Sede Principal), magíster en Derecho Penal, magíster en Filosofía del Derecho de la Universidad (Sede Principal) y abogado egresado de la Universidad Libre (Seccional Cúcuta). Docente investigador en Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Libre (Seccional Cúcuta). Ha realizado como formación complementaria un curso de Especialización en el combate del crimen organizado, la corrupción y el terrorismo en la Universidad de Salamanca, España. Se ha capacitado y realizado estancias cortas de investigación en la Universidad de Göttingen, Alemania, en Teoría del Delito y con el Departamento de Justicia de Estados Unidos en la ciudad de Washington, sobre Sistema Penal Acusatorio. Durante los últimos años, además de adelantar múltiples proyectos de investigación, se ha desempeñado como docente de pregrado y posgrado en distintas universidades y como capacitador de jueces, fiscales y defensores públicos en Colombia y Panamá. Es autor de varios libros de Derecho Penal y Procesal Penal y de múltiples artículos científicos publicados en revistas nacionales e internacionales.

### **Director de la tesis doctoral: ALFONSO DAZA GONZÁLEZ**

Doctor en Derecho, Universidad Externado de Colombia

Doctor en Cuestiones Actuales del Derecho Español e Internacional, Universidad Alfonso X El Sabio (España)

**Integrantes del Tribunal de sustentación de tesis doctoral:**

**DIANA MARÍA RAMÍREZ CARVAJAL**

Doctora en Derecho, Universidad Externado de Colombia

**CARLOS ALBERTO COLMENARES URIBE**

Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca, España

**JORGE GUILLERMO RESTREPO FONTALVO**

Doctor en Derecho, Universidad Externado de Colombia

**JOSÉ RORY FORERO SALCEDO**

Doctor en Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid,  
España

**NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ**

Doctor en Derecho, Universidad de Los Andes

# Contenido

<b>INTRODUCCIÓN</b>	11
<b>CAPÍTULO I</b>	49
<b>SIGNIFICADO, ALCANCE Y CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA. Perspectiva del modelo germánico-continental</b>	49
1.1 Surgimiento de la teoría de la imputación objetiva	49
1.1.1 Orígenes	49
1.1.2 Significado, alcance y criterios de la teoría de la imputación objetiva de Roxin	52
1.2.3 Significado, alcance y criterios de la teoría de la imputación objetiva de Jakobs	76
1.1.4 Balance teórico actual	90
1.1.5 Críticas a la teoría de la imputación objetiva y su defensa	98
1.2 Toma de postura en torno al significado, alcance y niveles de imputación objetiva	103
1.2.1 Causalidad e imputación objetiva: fundamentos filosóficos de una relación problemática	103
1.2.2 Los niveles de imputación objetiva: toma de postura	147
<b>CAPÍTULO II</b>	153
<b>LA AUSENCIA DE LESIVIDAD COMO UN CRITERIO NEGATIVO DE IMPUTACIÓN OBJETIVA</b>	153
2.1 significado y alcance de la lesividad y su ausencia	153
2.1.1 Distinciones iniciales	153
2.1.2 Antijuridicidad y lesividad en los esquemas del delito alemanes (hasta el finalismo)	162
2.1.3 El harm principle y la lesividad en la perspectiva anglosajona	183
2.2 Toma de postura: fundamentos para su consideración como un elemento negativo de la imputación objetiva	195
2.2.1 Antecedentes (a partir del funcionalismo)	195
2.2.2 Fundamentación dogmática de las cuatro tesis defendidas	213

2.2	Consecuencias prácticas de demostrar las hipótesis para el ordenamiento jurídico penal colombiano	249
<b>CAPÍTULO III</b>		255
<b>CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN COMO CRITERIOS NEGATIVOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA.</b> Ampliación del concepto de Riesgo Permitido		255
3.1	significado, alcance y estructura de las causales de justificación a nivel general y en particular	255
3.1.1	Precisiones iniciales: antijuridicidad formal, material e injusto penal	255
3.1.2	Evolución del concepto de antijuridicidad y justificación en los esquemas del delito.	262
3.1.3	Las dificultades y observaciones críticas a las distintas teorías expuestas que hacen procedente una reconsideración radical de la sistemática del delito.	276
3.1.4	El sentido de la diferenciación entre el principio de justificación y exculpación.	291
3.1.5	La razón de ser de la distinción entre tipicidad y antijuridicidad, así como entre causales de atipicidad y causales de justificación.	300
3.1.6	La perspectiva del funcionalismo y las teorías eclécticas del delito	303
3.2	Riesgo permitido y causales de justificación	306
3.2.1	La estructura general de las causales de justificación	306
3.2.2	Observaciones críticas a las tesis que exigen “elementos subjetivos” para la configuración de las causales de justificación y toma de postura al respecto.	316
3.2.3	Concepto y criterios de determinación del Riesgo Permitido y su relación con las causales de justificación.	325
3.3	Toma de postura. Causales de justificación como criterios negativos de imputación objetiva: una ampliación del concepto de riesgo permitido.	338
3.3.1	Análisis de la teoría de las normas y su relación con las causales de justificación como fundamento de la postura tomada	338
3.3.2	Fundamentos para considerar las causales de justificación como criterios negativos de imputación objetiva: la íntima relación entre ellas y el riesgo permitido.	367

3.3.3	Consecuencias prácticas de las tesis expuestas para Colombia	390
-------	--	-----

<b>CAPÍTULO IV</b>		393
--------------------	--	-----

<b>PROPUESTA DE UN ESQUEMA BIPARTITO DEL DELITO PARA COLOMBIA.</b>	(Presentación de esquemas a manera de conclusión)	393
--	---	-----

4.2	Requisitos para la existencia de un delito consumado (categorías dogmáticas generales)	399
-----	--	-----

4.3	Sistematización de las ausencias de responsabilidad penales y extrapenales	401
-----	--	-----

4.4	Las diferencias entre el esquema bipartito propuesto y las teorías del injusto penal y la tipicidad conglobante	403
-----	---	-----

4.3.1	Diferencias teóricas con la teoría de los elementos negativos del tipo penal	403
-------	--	-----

4.3.2	Diferencias teóricas con la teoría de la tipicidad conglobante	406
-------	--	-----

4.3.3	Los antecedentes teóricos de la propuesta aquí realizada	407
-------	--	-----

4.5	¿La eliminación de la antijuridicidad constituye una postura teórica que riñe con el garantismo penal?	410
-----	--	-----

4.4.1	Precisiones conceptuales iniciales: principialismo constitucionalista vs. garantismo.	410
-------	---	-----

4.4.2	La maximización de las “garantías liberales” de las personas desde la tesis aquí propuesta. Aplicaciones dogmáticas del principialismo constitucionalista.	414
-------	--	-----

4.6	Epílogo	418
-----	---------	-----

<b>CONCLUSIONES</b>		421
---------------------	--	-----

5.1	Con relación a la teoría de la imputación objetiva	421
-----	--	-----

5.1.1	Relaciones entre causalidad e imputación objetiva:	421
-------	--	-----

5.1.2	Significado, alcance y criterios de imputación objetiva:	422
-------	--	-----

5.1.3	Los juicios de tipicidad objetiva son los siguientes:	423
-------	---	-----

5.1.4	Fundamentos de la imputación objetiva. Mediante la presente tesis se concluyeron que los fundamentos para su existencia, configuración y ubicación en sede de tipicidad son los siguientes	424
-------	--	-----

5.2	Con relación a la ausencia de lesividad	430
-----	---	-----

5.2.1	El principio de lesividad constituye un argumento para justificar que la imputación objetiva debe ser un elemento configurativo necesario y común para todo delito	430
-------	--	-----

5.2.2	Del principio de lesividad es posible derivar la “creación de riesgos” como primer requisito de imputación objetiva del comportamiento.	430
5.2.3	Del principio de lesividad es posible deducir que la “imputación objetiva” es un requisito del juicio de tipicidad objetiva.	432
5.2.4	“Lesividad” y “ausencia de lesividad” son elementos o categorías dogmáticas “positiva” y “negativa” de la imputación objetiva, respectivamente, como contenidos definitorios de la “creación de un riesgo jurídicamente desaprobado”.	433
5.2.5	Gracias a la demostración de la tesis conforme a la cual toda ausencia de lesividad genera atipicidad objetiva del comportamiento por falta de imputación objetiva es posible concluir lo siguiente:	434
5.3	Con relación a las causales de justificación y el riesgo permitido	437
5.3.1	Se llegó a la conclusión que para la configuración de las causales de justificación dogmática y político-criminalmente NO se debe exigir la concurrencia de elementos subjetivos por cuanto su exigencia implicaría:	437
5.3.2	Se concluyó desde la estructura lógica de las normas lo siguiente	438
5.3.3	El riesgo permitido es el macroconcepto opuesto (la otra cara de la moneda) del riesgo jurídicamente desaprobado como elemento necesario y positivo para la afirmación de la imputación objetiva. En consecuencia, la presencia de uno niega la existencia del otro.	439
5.3.4	Argumentos por los cuales las causales de justificación son una modalidad de riesgo permitido:	441
5.4	Con relación a la propuesta del esquema bipartito. Se concluyó mediante la presente investigación lo siguiente:	448
	<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	449

## LISTA DE TABLAS

	Pág.
Tabla 1. Definición, función, ubicación de la imputación objetiva en el esquema del delito	94
Tabla 2. Criterios de imputación objetiva	152
Tabla 3. Breve esquema de la conducta punible y su aspecto negativo	186
Tabla 4. Esquematización de las ausencias de responsabilidad en el esquema anglosajón	191
Tabla 5. Esquema del delito de Gonzalo D. Fernández	199
Tabla 6. Graficación de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal acerca de la ubicación de la lesividad de la conducta en el esquema del delito	207
Tabla 7. Elementos estructurales del delito y sus componentes	259
Tabla 8. Relación entre antijuridicidad formal y material	259
Tabla 9. Antijuridicidad y causales de justificación en los esquemas clásico y neoclásico	266
Tabla 10. Antijuridicidad y causales de justificación en el esquema finalista	271
Tabla 11. El injusto penal en ROXIN	274
Tabla 12. El tipo global en ROXIN	276
Tabla 13. Tesis acerca de los elementos subjetivos en las causales de justificación	317
Tabla 14. Ubicación del riesgo permitido en el esquema del delito	335
Tabla 15. Diferencias entre el riesgo permitido y las causales de justificación	337

Tabla 16. Leyes de las oposiciones	345
Tabla 17. Leyes del cuadro deontológico	347
Tabla 18. Tabla de validez e invalidez	349
Tabla 19. Tabla de validez e invalidez para la disyunción débil	351
Tabla 20. Norma secundaria positiva	366
Tabla 21. Juicio de responsabilidad penal	368
Tabla 22. Requisitos para la existencia de un delito consumado	401
Tabla 23. Sistematización de las ausencias de responsabilidad penales y extrapenales	403

### LISTA DE GRÁFICAS

	Pág.
Gráfica 1. Teorías de la causalidad en el derecho penal	55
Gráfica 2. Notación lógica en delitos de resultado	117
Gráfica 3. Relación lógica entre causalidad y la imputación objetiva	117
Gráfica 4. Cuadro lógico de oposición	345
Gráfica 5. Cuadro deontológico	346
Gráfica 6. Hexágono deontológico	354
Gráfica 7. Tipos de conductas en la graficación de conjuntos	382

## INTRODUCCIÓN

“Se respeta el viejo fundamento,  
pero no se puede renunciar al derecho de volver a  
fundamentarlo de algún modo desde el principio”. GOETHE

### GENERALIDADES

Con la presente investigación doctoral se demostrará como **hipótesis de trabajo** que las tradicionales *causales de justificación* (cumplimiento de un deber legal, obediencia debida, estado de necesidad justificante, legítima defensa, ejercicio de un derecho, cargo público o actividad lícita, etc.) son en realidad *modalidades* de “riesgo permitido”, razón por la cual el examen de todas ellas debe darse en el terreno de la imputación objetiva como verdaderas causales de *atipicidad* y no como conductas típicas carentes de antijuridicidad (entendida como una categoría dogmática independiente). Así las cosas, y dado que también la *lesividad* hace tiempo es un criterio de tipicidad objetiva, estaríamos presenciando el *abandono* definitivo de un esquema tripartito del delito, cuya larga agonía no fue más que la “*crónica de una muerte anunciada*”; siendo ello así, porque la función, antiguamente cumplida por la antijuridicidad en el sistema jurídico-penal, ha quedado hoy satisfecha en mejor forma a partir de los criterios analíticos que estructuran la imputación objetiva.

Es por ello que, a partir de la demostración de dicha *hipótesis de trabajo*, se buscarán levantar los pilares fundamentales para la elaboración dogmática de un *esquema del delito bipartito* adecuado para materializar

el sistema de protección de derechos humanos que adopten los *modelos de constitucionalismo principialista*<sup>1</sup> como el nuestro, viabilizándose así de manera idónea la determinación de los elementos estructurales de la responsabilidad penal; es decir, (de una u otra manera) la construcción de una *teoría globalizada del delito* que supere las serias contradicciones<sup>2</sup>,

- 
- 1 Al respecto nos dice PINO que el *constitucionalismo principialista* o *neoconstitucionalismo* (en contraposición al garantista) afirma que: (i) Los derechos fundamentales son valores o principios de tipo moral; (ii) Tales principios son esencial, estructural y pragmáticamente diversos de las reglas por estar dotados de una normatividad más débil; (iii) Como consecuencia de tal distinción, los principios no pueden ser sometidos al ejercicio de “subsuncción” como las reglas, sino a la “ponderación” (Alexy) o el “balanceo” (Dworkin), y (iv) Por ende, al haber incorporado las constituciones tales principios morales y a su vez todo juez o tribunal constitucional debe incluirlos en sus decisiones, es necesario conceder que existe entre el derecho y la moral una relación conceptual necesaria. Cfr. PINO, G. Principios, ponderación, y la separación entre Derecho y moral. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho [en línea]. 2011, vol. 34. ISSN: 0214-8676, p. 201-228. Respecto a la adopción de este modelo constitucional en **Colombia**, la jurisprudencia y la doctrina nacional se ha expresado casi que unánimemente en favor del mismo. A nivel *general* tendríamos por ejemplo los trabajos de: BECHARA LLANOS, Abraham. Nuevos sujetos de especial protección constitucional: defensa desde la teoría principialista de los derechos fundamentales. Justicia. Universidad Simón Bolívar [En línea]. 2016, no. 29, p. 28-44. Disponible en Internet: <<http://publicaciones.unisimonbolivar.edu.co/rdigital/justicia/index.php/justicia>>. GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. El “Nuevo derecho en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad impertinente? Citado por CARBONELL, Miguel y GARCÍA J., Leonardo (Eds.) El canon neoconstitucional. En: Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2010, p. 311-366; CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis*. Citado por CARBONELL, Miguel y GARCÍA J., Leonardo, El canon neoconstitucional, Op. Cit. p. 159-172; BERNAL, Carlos. El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. 397 p. BERNAL, Carlos. El derecho de los derechos. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. 417 p. Desde el punto de vista del *derecho penal* encontraríamos que los siguientes doctrinantes coinciden en afirmar que el sistema de responsabilidad penal se encuentra constitucionalizado y sigue el modelo principialista: FERNÁNDEZ, Juan. Concepto y límites del Derecho Penal. 1ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 2014; del mismo autor, Derecho Penal Parte General, Principios y Categorías Dogmáticas. 1ª ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2011; SÁNCHEZ, Esiquio. Manual de Derecho Penal Constitucional. El principialismo penal. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014; GÓMEZ, Jesús Orlando. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2001.
- 2 V.gr. como ocurre en el caso del denominado modelo *romano-germánico* del *civil law* al que pertenecen países tales como Alemania, Italia, España, Grecia, Japón, entre otros. [Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús. Op. Del mismo autor. ¿Crisis del sistema dogmático del delito? En: Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de Conferencias y Artículos. *s.a.*, no.40, *s.p.*; JÜRGER WOLTER, et al. Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito. En: El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal. 2004. p. 15-30. ARROYO, Luis Alberto; NIETO, Adán y NEUMANN, Ulfried. Retos científicos y retos políticos de la Ciencia del Derecho Penal. En: Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. 2003. p.25-40. SILVA, Jesús. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2010. 689 p; SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático del Derecho Penal. En: SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal. Cuestiones fundamentales*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012; AMBOS, Kai. Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible, Op, cit; BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España. En: Cuadernos de política criminal. 1997. no. 63. p. 595-652. // MUÑOZ CONDE, Francisco. La parte general del código penal japonés. En: Revista penal. 2000. no. 5. p. 99-108.

hermetismos<sup>3</sup>, simplezas<sup>4</sup> o deficiencias<sup>5</sup>, según el caso, de la dogmática jurídico-penal<sup>6</sup> actual del mundo, en la que, lejos de observarse algún tipo de acuerdo doctrinal o jurisprudencial, es posible avizorar cada vez más el aumento paulatino de las divergencias insalvables en torno a la estructuración, sistematización y aplicación de los elementos del delito. Todas estas *situaciones problemáticas*<sup>7</sup> serán enunciadas en el acápite siguiente, y desarrolladas

3 Por ejemplo, para el caso del modelo *romano-germánico* del *civil law*. Sobre dicho hermetismo bastante ilustrativo resulta: SCHÜNEMANN, Bernd, ya citado.

4 V.gr. como ocurre en el caso del *common law* al que pertenecen los países de Gran Bretaña y Estados Unidos. [Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Introducción 1991-2012. Op. cit; AMBOS, Kai. Op. cit; BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. Derecho Penal Comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental. 1ª ed. Barcelona: Atelier, Libros Jurídicos, Colección Justicia Penal, 2011. 260 p; HENDLER, Edmundo S. y GULLCO, Hernán V. Casos de derecho penal comparado. 2ª ed. Buenos aires: Editores del Puerto, 2003; BERNATE OCHOA, Francisco. El sistema penal del Common Law. Puntos de contacto y perspectivas para la legislación colombiana. 1ª ed. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2014; CHIESA APONTE, Ernesto. Comentarios al código penal modelo para los EE.UU. Diferencias y semejanzas con la legislación colombiana. 1ª ed. Bogotá: Editorial Jurídica Futuro, 1993; FLETCHER, Georg. Gramática del Derecho Penal. 1ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2008; NINO, Carlos Santiago. Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980. 505 p; DUBBER, Markus. Comparative Criminal Law. Toronto: Oxford HandBook of Comparative Law, 2006. 33 p.]

5 V. gr. el caso del denominado *modelo mixto asistemáticos* al que pertenecen países tales como los africanos, Francia, China o Rusia. [Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Introducción 1991-2012, citado por SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema moderno del derecho penal. Cuestiones fundamentales. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012; GRANT, James. The Responsible Mind in South African Criminal Law. PhD Thesis. Johannesburg: Law School of the University of the Witwatersrand, 2011. 293 p; COHEN, Jerome Alan. China's Criminal Codes. En: Journal of Criminal Law and Criminology. [En línea]. 1982, vol. 73, no. 2, p. 135-137. Disponible en Internet: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc>; COHEN, Jerome Alan. The Criminal Law of the People's Republic of China. [En línea]. 1982, vol. 138; CHI-YU CHENG. The Chinese Theory of Criminal Law, En: Journal of Criminal Law and Criminology. [En línea]. 1949, vol. 39, p. 461-470. Disponible en Internet: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol39/iss4/5>; RUSSIAN FEDERATION. FEDERATION COUNCIL. Law No. 64 FZ (13, june, 1996). The Criminal Code of The Russian Federation. The Criminal Code Of The Russian Federation; BLAS ZULETA, Luis. Notas sobre el derecho penal soviético. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Publicación Nacional de Estudios Jurídicos. no. 596; AMBOS, Kai. Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible. En: Polit. Crim. [En línea]. 2008. no.5. p.1-26. Disponible en Internet: [http://www.politicacriminal.cl/n\\_06/a\\_6\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_6_5.pdf); AMBOS, Kai. Observaciones a la doctrina francesa del hecho punible desde la perspectiva alemana. En: INDRET, Revisa para el Análisis del Derecho. [En línea]. 2008. Vol. 3. no.1-19 Disponible en Internet: < WWW.INDRET.COM > .

6 Se asume como concepto de Dogmática Jurídica el siguiente: “*es una serie de enunciados que se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del Derecho, pero no pueden identificarse con su descripción, están entre sí en una relación de coherencia mutua, se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente, y tienen un contenido normativo.*” ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 246.

7 Al respecto Cfr., BAUCE, Gerardo. El problema de investigación. En: Revista de la Facultad de Medicina, 2007. vol. 30. no. 2. p. 115-118 BUNGE, Mario. La investigación científica. Su estrategia y su filosofía. Barcelona: Editorial Ariel, 1987. p. 189; MEDINA, L. Cómo plantear un problema de investigación y seleccionar un diseño de estudio apropiado. En: Archivos en Medicina Familiar. Julio-septiembre, 2007. vol. 9. no. 3. p. 127-132; QUINTANA, Alberto. Planteamiento del problema de investigación: errores de la lectura superficial de libros de texto de metodología. En: Revista IIPSE. 2008. vol. 11. No. 1. p.239-253.

ampliamente en el marco referencial, para dejar sentado y explicado sin lugar a dudas, que la disparidad conceptual es tan grande, que de no dársele una solución a ello, ante la inminente construcción de ordenamientos jurídicos globales e internacionales (como por ejemplo el Estatuto de Roma) sería bastante probable que se renunciara a cualquier intento de elaboración de una Ciencia del Derecho Penal<sup>8</sup> y en consecuencia también a una sistematización coherente de los elementos configurativos del delito, que dejarían en el valle de la inseguridad jurídica, la arbitrariedad y el intuicionismo pedestre, la solución de los casos penales que llegaran ante esas instancias supranacionales. Así mismo, se demostrará que muchas de esas **contradicciones** en el proceso de sistematización, han ocurrido debido a un intento infructuoso de mantener la *antijuridicidad* como un elemento independiente del delito y no como lo que en realidad es; un criterio de imputación objetiva, cuyos aspectos negativos deben ser tratados en el terreno de la tipicidad.

Llevando las anteriores consideraciones al terreno colombiano es necesario recordar que, a partir de la Constitución Política de 1991, nuestro país se edificó como un Estado Social de Derecho, lo cual implicó, entre otros nuevos paradigmas, la constitucionalización del Derecho Penal. Desde tal perspectiva, la configuración de la teoría del delito trajo consigo una aspiración por delinear la dogmática jurídica de acuerdo con los principios y valores que inspiraron la constituyente de ese año.

Bajo tal óptica, la ley 599 del año 2000 estableció como una forma específica de materialización del principio constitucional de acto la norma rectora según la cual “*la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado*”, dándole cabida así al ingreso de la moderna teoría de la “imputación objetiva” como institución doctrinal y normativa edificada para la solución de los más diversos problemas de la dogmática jurídico penal. Por ello la imputación objetiva se ha constituido hoy en día en el tema central de las discusiones jurídico-penales, puesto que su ubicación dogmática, a la hora de atribuir responsabilidad a un individuo, se halla en el primer escalón del raciocinio jurisdiccional de adjudicación normativo-ontológica. Sin embargo,

---

8 Se entenderá Ciencia del Derecho Penal como Dogmática Jurídica. En idéntico sentido: ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, Op. cit., p. 240.

esto ha traído como consecuencia la preocupación doctrinal y jurisprudencial generalizada por delimitar la esencialidad de dicha teoría, ya que de su correcta aplicación depende la resolución definitiva y satisfactoria de las causas penales en los actuales Estados Sociales de Derecho. No obstante, los resultados de aquel desvelo intelectual no han sido los esperados; por el contrario, se evidencia una verdadera nubosidad conceptual discordante que ha venido a dejar al operador jurídico en el punto central de las más álgidas teorías divergentes, cuyas consecuencias jurídico-prácticas terminan siendo utópicas o, en el peor de los casos, exageradamente normativistas y, por ende, tan nugatorias de los valores fundantes de un Estado Social y Democrático de Derecho (al cual va dirigida la sub-categoría dogmática de la imputación objetiva) que resultan irremediablemente insostenibles e inaplicables.

En ese orden de ideas, se observa que actualmente **no existe en la doctrina y en la jurisprudencia** una delimitación clara y precisa en torno al significado, alcance y criterios de aplicación de la teoría de la imputación objetiva, lo que ha imposibilitado materializar en las decisiones judiciales el principio fundamental a la igualdad y la seguridad jurídica, ya que la desimilitud de conceptos y estructuras que presenta esta institución normativa, se van haciendo cada día más grandes, **máxime** cuando se intenta compatibilizar tal teoría con los conceptos de *antijuridicidad*, *ausencia de lesividad* y *causas de justificación*, pues la completa separación de estas categorías dogmáticas respecto de la *imputación objetiva* trae consigo, en el peor de los casos, contradicciones y soluciones político-criminales completamente insatisfactorias, y en el mejor de ellos, tautologías o redundancias inaceptables, que impiden el proceso de cientifización y aplicación segura del Derecho Penal para la solución de casos.

Por lo tanto, el **problema de investigación**, que a través de la demostración de esta *hipótesis de trabajo* busca resolverse es el siguiente: ¿Qué función, ubicación y significado coherentes tendrían la antijuridicidad, la ausencia de lesividad y las causales de justificación al interior de un Esquema del Delito que asumiera la *imputación objetiva* como uno de los elementos integrantes de la tipicidad objetiva?

Así las cosas, se iniciará esta construcción jurídica, tratando de evitar al máximo los prejuicios dogmáticos existentes, porque hasta ahora no han

servido para nada,<sup>9</sup> tomándose entonces como punto de partida un referente conceptual-filosófico e interdisciplinario<sup>10</sup>. Desde tal perspectiva, lo *primero* que se hará es auscultar críticamente y mediante un estudio *comparativo*<sup>11</sup> los intentos doctrinales que ya se han llevado a cabo por los diversos teóricos del Derecho Penal en torno a la construcción de un modelo de razonamiento penal apropiado para configurar los elementos estructurales del delito en los modelos de razonamiento penal germánico-continental<sup>12</sup> respecto a la teoría de la imputación objetiva. En *segundo lugar*, se realizará el mismo ejercicio investigativo, pero esta vez en torno a la categoría dogmática de la antijuridicidad y sus aspectos negativos; es decir, la ausencia de lesividad y las causales de justificación, buscando hallar los fundamentos en los que todos estos conceptos fueron soportados a través del tiempo.

En la *tercera* y *cuarta* parte de la presente tesis doctoral se realizará la fundamentación de los aspectos propositivos de la investigación, llevando a cabo para tales efectos, respectivamente, la argumentación con la cual se sustentarán **dos de las tres ideas centrales** de este trabajo: la primera idea central, que la ausencia de lesividad es un criterio negativo *independiente* de imputación objetiva; la segunda idea central que las causales de justificación son una modalidad de riesgo permitido y en consecuencia también criterios negativos de imputación objetiva. La **tercera idea central** de esta investigación es el resultado inevitable que se derivará de las anteriores dos ideas reseñadas y consistente en la **eliminación** de la antijuridicidad como categoría dogmática

---

9 Welzel siguió el esquema del Delito de Beling, Roxin el de Welzel. Normalmente los doctrinantes siguen lo de otros autores, en vez de comenzar desde un punto anterior a dicha construcción dogmática para llegar a conclusiones propias que puedan dialogar en un plano distinto con las teorías ya existentes.

10 Los referentes teóricos y metodológicos interdisciplinarios no son novedosos en la investigación jurídica, sino que es una forma de auscultar la solución del problema planteado ya consolidados desde hace tiempo. Al respecto puede BOTERO, Andrés. Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica. En: Revista de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad del Norte. [En línea]. 2004. no. 21. p. 163-199. Disponible en Internet: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85102109>>.

11 Sobre la tendencia reciente a mirar otros horizontes de configuración del derecho penal y no solamente los de Alemania y España puede consultarse: SILVA SÁNCHEZ, Op. cit. En: SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema moderno del derecho penal. Cuestiones fundamentales. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012. 262 p. Así mismo establece tal perspectiva AMBOS, Kai. Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible, Op. cit. [*“Es más, un sistema universal debe ser desarrollado desde o, al menos, sobre la base de los sistemas y doctrinas nacionales, esto es, requiere una aproximación comparativa y conceptual.”*]

12 Denominados según nuestra clasificación modelo dogmático multiteórico.

independiente configurativa del delito, al trasladarse sus niveles de análisis al terreno de la imputación objetiva que se encuentra ubicada en sede de tipicidad.

Para la fundamentación de esta tercera idea, que conllevará necesariamente la edificación de un esquema bipartito del delito, se utilizarán en el último capítulo el *método dogmático* y la *teoría del constitucionalismo principialista*, efectuando para tales efectos una nueva propuesta de sistematización de los elementos de la responsabilidad penal en Colombia, a partir de las conclusiones a las cuales se haya llegado en el desarrollo de los capítulos precedentes; propuesta ésta que se realizará tanto a nivel de *lege ferenda* como de *lege lata*.

Ahora bien, en cuanto al hecho de que se proyecte elaborar una teoría globalizada del delito que supere las fronteras del localismo colombiano (pues como se puede avizorar en lo explicado líneas atrás, sólo hasta el último capítulo se desarrollarán las implicaciones que para Colombia tendría esta propuesta y la demostración de las hipótesis de trabajo) es necesario afirmar y **aclamar** que lo pretendido con la tesis doctoral es efectuar un análisis de **teoría general del derecho penal** o **dogmática jurídico-penal**<sup>13</sup> y no un estudio particular del Código Penal

---

13 Respecto a la posibilidad de realizar un análisis de instituciones de la dogmática jurídico-penal y no simplemente de las leyes en particular (así como en lo relativo al concepto de *teoría general del derecho* y su espectro de análisis trascendente a cualquier derecho positivo) se sigue, sobre tales aspectos, el pensamiento de los siguientes autores: A) a nivel de teoría general del derecho: KELSEN, Hans. *La teoría pura del derecho*. México: Ediciones Coyoacán, 2008. p.15. [*"La teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional*]. MILLARD, Éric. *Teoría general del derecho*. 1ª ed. Bogotá: Ediciones Externado de Colombia, 2016. p. 13. [*"Una teoría general del derecho es general en dos sentidos. Por una parte, no le concierne el lenguaje que versa sobre determinado sistema jurídico, por ejemplo, el derecho francés actual, más sí le concierne el lenguaje que se refiere a todo sistema de derecho positivo (...)* Por otra parte, la teoría general del derecho no se interesa en aquellas teorías que se focalizan en una cuestión particular del derecho (...)"]. B) a nivel de teoría general del derecho penal o dogmática jurídica: ROXIN, Claus. *La ciencia jurídico-penal ante las tareas del futuro*. En: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (Comp. & Trad.). *La teoría del delito en la discusión actual*. Tomo I. Lima: Editorial Jurídica Griley, 2016. p.2. [*"(...) la ciencia penal no tendrá que limitarse, tal como lo ha hecho durante mucho tiempo y como en parte todavía lo hace hasta hoy, al Derecho positivo, a la lex lata, sino tendrá que practicar una política criminal científica; esto es, independientemente del asesoramiento legislativo actual, tendrá que diseñar una y otra vez el Derecho penal del futuro y con ello poner en movimiento un continuo proceso de reformas."*]; SILVA, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012. p. 166. [*"(...) en la actualidad, la tesis según la cual el objeto de la dogmática está representado de modo esencial por el Derecho positivo, se encuentra en trance de decidida superación. (...) En efecto, y contra lo que parecen indicar las afirmaciones de Baratta, ya son muchos los autores que, desde perspectivas ciertamente diferentes, han reconocido, de modo más o menos expreso, que el objeto central de la reflexión dogmática jurídico-penal no son los textos legales de un determinado Derecho positivo nacional, sino algo diverso a estos"*].

colombiano o algún otro código penal; buscando en consecuencia realizar un examen minucioso y crítico de las **instituciones y principios básicos de la Ciencia del Derecho Criminal** sobre las cuales se han elaborado los elementos tradicionales de la responsabilidad penal desde los albores del siglo XX. Por esta razón, esta investigación **no se circunscribe a una legislación en particular**, sino que toma como puntos de referencia los denominados **modelos de razonamiento penal<sup>14</sup> y las instituciones por ellos edificadas** para después de tal labor pasar a establecer, pero sólo hasta el final de la investigación, qué impacto tendrán las conclusiones en la sistematización y aplicación de los elementos estructurales del delito en Colombia<sup>15</sup>.

En torno a la **justificación** de la presente investigación, se radica en dos puntos fundamentales:

- I. La *necesidad* de construir una *teoría globalizada del delito* que tenga en cuenta los avances de la Ciencia del Derecho Penal foránea, dada la rápida expansión y mundialización de los derechos humanos y el progresivo

14 Cada autor hace su propia clasificación de *modelos de razonamiento penal*. Sin embargo, y aun cuando es usual la contraposición entre culturas jurídicas romano-germánica vs. Anglosajona, se usará para la presente tesis doctoral **una clasificación propia** con la que se intenta reflejar de manera más clara las diferencias y similitudes entre los distintos modelos de razonamiento penal. En tal sentido, pueden consultarse como clasificaciones alternativas las siguientes: DAMMER, Harry R. y FAIRCHILD, Erika. *Comparative Criminal Justice Systems*. 2ª ed. Estados Unidos: Wadsworth Thomson Learning. s.a., clasifican los sistemas de justicia criminal en cuatro: (i) the Civil Law; (ii) the Common Law; (iii) the Socialist Law; y (iv) the Islamic Law; Así mismo, GLENN, Patrick. *Legal Traditions of the World*. New York por Oxford University Press. s.a., clasifica las culturas jurídicas en siete grupos: (i) A Chthonic Legal Tradition; (ii) A Talmudic Legal Tradition; (iii) A Civil Law Tradition; (iv) An Islamic Legal Tradition; (v) A Common Law Tradition; (vi) A Hindu Legal Tradition; y (vii) An Asian Legal Tradition; De igual manera también puede consultarse NINO, Carlos Santiago quien en su libro *Los límites de la responsabilidad penal*. Una teoría liberal del delito publicada en Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980., resume en dos, los grandes enfoques del derecho penal: el conceptualista (propio del Civil Law) y el intuicionista (propio del Common Law); Finalmente, FLETCHER, George P. *Gramática del Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008. p. 83 y ss.

Realiza la siguiente clasificación: (i) sistema bipartito; (ii) sistema tripartito; (iii) sistema cuatripartito; y (iv) sistema holista.

15 No obstante, el estudio aislado de las instituciones sin anclarlo a un sistema jurídico particular carece de sentido y se vuelve exageradamente abstracto, razón por la cual **todo análisis dogmático** debe siempre tener en cuenta al final los parámetros legislativamente establecidos, ya sea para proponer una reforma o para modular la aplicación de las reglas jurídicas existentes. Por esta razón, seguimos de cerca, además de los autores reseñados líneas atrás, al doctrinante CALSAMIGLIA, Albert. Quien establece como aspectos básicos de la dogmática jurídica los siguientes: "A. *La sujeción a la ley*. B. *La justicia del caso*. C. *La sistematicidad del derecho*." *Introducción a la ciencia jurídica*. Barcelona: Editorial Ariel Derecho, 1990, p. 144.

avance de un Derecho Penal Internacional, que poco a poco va creando compromisos jurídicos a los Estados, quienes a través del control de convencionalidad deben ajustar sus sistemas normativos a dichos estándares internacionales. Así mismo, **es urgente y necesaria una teoría del delito** de estas dimensiones por cuanto con ella (al demostrar las tres hipótesis de trabajo planteadas líneas atrás): **1)** se solucionaría el problema del error en los presupuestos objetivos de una causal de justificación pues pasaría a considerarse satisfactoriamente como un error de tipo que eliminará el dolo y la culpa (en los casos de error invencible); **2)** se eliminaría la incongruencia de considerar que una conducta justificada está al tiempo permitida y prohibida; **3)** se brindarían herramientas conceptuales adicionales para la interpretación del alcance de los tipos penales a partir de la inclusión de la lesividad como uno de los criterios de imputación objetiva; **4)** se eliminaría la tautología de realizar un doble juicio de desaprobación de la conducta – primero en la imputación objetiva y luego otra vez en la antijuridicidad –; y **5)** se constitucionalizaría el *tipo penal* dado que al trasladar a su seno el juicio de antijuridicidad – formal y material – se permitiría a su vez un análisis de las normas prohibitivas y permisivas mediante los principios de exclusiva protección a bienes jurídicos, lesividad, *ultima ratio* y proporcionalidad propios de la antijuridicidad.

Respecto a la necesidad de construcción de una teoría que supere las barreras nacionales se puede tener como punto de partida el artículo del profesor KAI AMBOS llamado *Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible*<sup>16</sup> en el que sintetiza toda la problemática y justificación de una investigación de esta índole de la siguiente manera:

“Probablemente, el más ambicioso proyecto de las investigaciones en derecho penal comparado de hoy en día es la elaboración de una estructura o concepto universal del crimen (“Verbrechenslehre”, “teoría del delito”, “teoría del reato”), esto es, las reglas, estructura o sistema de acuerdo al cual se decide que una determinada persona merece ser castigada por

---

16 AMBOS. Op. cit., p. 5-42.

una determinada conducta. Dada la práctica y el “case law” desarrollados por los tribunales penales internacionales, la cuestión acerca de la existencia de una estructura universal del delito resulta especialmente relevante en el ámbito del Derecho internacional penal, más allá de la que es posible deducir de su práctica. Sin embargo, podría ser fatal ignorar, en su elaboración, los siglos de esfuerzo prolongado de las doctrinas nacionales para desarrollar una “teoría del delito” (“Verbrechenslehre”) consistente. Es más, un sistema universal debe ser desarrollado desde o, al menos, sobre la base de los sistemas y doctrinas nacionales, esto es, requiere una aproximación comparativa y conceptual. Tal aproximación, como cualquier trabajo serio en derecho comparado, requiere, antes que todo, el dominio de otros lenguajes diferentes al nativo y, adicionalmente, una apertura hacia los sistemas de justicia criminal extranjeros y sus soluciones al problema del crimen. Pero, en la misma medida que es obvio que las habilidades lingüísticas son indispensables para comprender y desarrollar conceptos y doctrinas universales, es igualmente claro que ellas no son suficientes para encontrar las respuestas a las cuestiones difíciles y complejas que se presentan más allá del puro nivel terminológico o conceptual.”

- II. La *inexistencia* en la actualidad de una teoría del delito que sea completamente satisfactoria para lograr ese cometido pues tanto el finalismo, como el funcionalismo y las versiones teóricas eclécticas siguen manteniendo separados el juicio de antijuridicidad y el de imputación objetiva permitiendo que surjan y permanezcan las contradicciones insalvables que de tales posturas se derivan.

Finalmente, es necesario precisar que se habla de una teoría del delito globalizada y no *universal* porque siguiendo de cerca al sociológico jurídico latinoamericano Boaventura de Sousa Santos (en sus primeras líneas teóricas) se coincide con él en el hecho de que,

“no se debe defender ni el universalismo ni el relativismo, sino más bien el cosmopolitismo, es decir, la globalización de las

preocupaciones morales y políticas y las luchas contra la opresión y el sufrimiento humanos. A medida que el debate provocado por los derechos humanos evolucione hacia un diálogo competitivo entre culturas diferentes alrededor de los principios de dignidad humana y emancipación social, es indispensable que tal competencia induzca a diálogos interculturales y a coaliciones transnacionales que corran hacia la cima y no hacia el fondo.”<sup>17</sup>

## ESTRUCTURA METODOLÓGICA EMPLEADA

### Tipo de investigación

De conformidad con la *Guía para la elaboración de proyectos de Investigación*<sup>18</sup> de la Universidad Libre de Colombia (tercera Edición) y el libro *la Metodología de la Investigación* de Roberto HERNÁNDEZ SAMPIERI & otros<sup>19</sup> los **tipos de investigaciones** son exploratorias, descriptivas, correlacionales y explicativas. De todas ellas, el presente estudio de doctorado fue de tipo **correlacional**, pues se asociaron variables de dogmática jurídica con el objeto de conocer la relación que existen entre todas ellas (en los distintos modelos de razonamiento penal) para de esta manera deducir un Esquema del Delito apto para la interpretación y compatibilización de la imputación objetiva con las causales de justificación y la ausencia de lesividad.

### Enfoque de la investigación

En torno a los enfoques de la investigación en Derecho existen, al menos, dos perspectivas distintas: una de ellas<sup>20</sup> que los clasifica en cuatro campos, siendo el primero de ellos la *investigación jurídica*; el segundo, la *investigación ius filosófica*; el tercero, la *investigación ius política*; y el cuarto, la *investigación socio jurídica*.

---

17 DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: ILSA, Universidad Nacional de Colombia, 1998. p. 198.

18 Pág. 46

19 HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos; & BAPTISTA, Lucio. *Metodología de la investigación*. México: McGraw-Hill, 2006, pág. 100

20 VANEGAS TORRES, Gustavo. *Guía para la elaboración de proyectos de investigación*. Bogotá: Universidad Libre de Bogotá, pág.42

Desde esta perspectiva, la presente investigación doctoral es **jurídica** por cuanto se está realizando el abordaje del derecho positivo nacional e internacional y de los “formantes”<sup>21</sup> existentes en los distintos modelos de razonamiento penal a partir la *Dogmática Jurídica* como Ciencia del Derecho Penal.

Por último, la otra perspectiva de la *Metodología de la Investigación*<sup>22</sup> asegura que los enfoques de la investigación en Derecho son: el cualitativo, el cuantitativo y el mixto. Partiendo de esta óptica el enfoque de investigación de esta indagación sería el **cualitativo** dado que una de las premisas básicas que se tiene como punto de referencia, es que existe una realidad que necesita ser descubierta, construida e interpretada, la cual se encontraría inmersa en los distintos formantes creadores de cada uno de los modelos de razonamiento penal.

### **Campo de la investigación**

Desde el punto de vista espacial, temporal o de muestra de individuos *no aplica este ítem*, propio de las investigaciones cuantitativas. Sin embargo, **sí existe una delimitación** autorreferencial del campo de investigación para la presente tesis, la cual se encuentra constituida precisamente por los modelos de razonamiento penal en sí mismos. Así pues, con esta investigación no se pretende realizar una *Teoría del Derecho*, ni una *Teoría General del Derecho* sino un aporte a la Ciencia del Derecho Penal<sup>23</sup> (teoría general del derecho penal).

---

21 “(...) indica los componentes del derecho, potencialmente incoherentes en la medida en que no se refieren a un sistema carente de lagunas y antinomias, motivo por el cual se habla de su disociación. En este sentido, se identifican, entre otros, un formante legal, para referirse a las reglas producidas por el legislador, un formante doctrinal, compuesto por los preceptos formulados por los estudiosos, y un formante jurisprudencial, que coincide con las indicaciones provenientes de los tribunales<sup>11</sup>. Cuando el comparatista actúa como sistemólogo, debe clasificar reconstruyendo para cada ordenamiento el nivel de disociación entre formantes. Si, en cambio, está cotejando construcciones jurídicas específicas, debe identificar primero el contenido de los correspondientes formantes para utilizarlos después como punto de referencia en sus análisis.” En: SOMMA, Alexandro. *Introducción al Derecho Comparado*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pág. 154

22 OLVERA GARCÍA, Jorge. *Metodología de la investigación jurídica*. México: Porrúa, 2015, pág. 84

23 ROBLES MORCHÓN, Gregorio. *Introducción a la teoría del derecho*. España: Editorial Debate, 2003.

## Marco teórico

### Parte Primera

En el presente marco teórico se **definen** los *modelos de razonamiento penal* que sirvieron de base para investigar los elementos y principios comunes a todos ellos:

- a. Un primer modelo de razonamiento jurídico-penal llamado en su conjunto como *civil law*, en su versión *romano-germánico* (al que pertenecen los países de Alemania, Italia, España, Grecia, Japón, entre otros) en el que no se cuenta con una teoría consolidada del delito, sino con tantas teorías dispares, como autores puedan existir, siendo paradigmático y curioso además, el hecho de que por ejemplo, las teorías de Roxin y Jakobs, tan popularizadas en Latinoamérica por sus voceros, no constituyan en realidad las doctrinas dominantes de la jurisprudencia y la ciencia del derecho penal alemanas, aunque así se haya vendido dicha idea, sino que por el contrario, lo sea otra teoría denominada “*la ecléctica del delito*”, heredera del pensamiento neoclásico y welzeliano, defendida entre otros muchos autores por Wilhelm Gallas, aun cuando de ella poco o nada se hable en la epistemología jurídica del sur.
- b. Un segundo modelo de razonamiento jurídico-penal construido en el “sitio de recepción”<sup>24</sup> *latinoamericano* a partir de los múltiples trasplantes incompletos, tergiversados o eclécticos que se han hecho en los últimos 80 años de los esquemas del delito neoclásico, finalista y funcionalista alemán,

---

24 “La contracara de los sitios de producción son los sitios de recepción. Dentro de un sitio de recepción, por lo general, la iusteoría producida allí ya no tiene la persuasividad y circulación amplia de la TTD [Teoría Transnacional del Derecho], sino que, por el contrario, uno estaría tentado a hablar mejor de iusteoría ‘local’, ‘regional’, ‘particular’ o ‘comparada’. Con estos nombres quiere hacer referencia a los conceptos o sistemas iusteóricos que dominan en países periféricos o simiperiféricos. En teoría del derecho, como en muchas otras áreas de derecho, estos países transplantan o usan ideas originadas en jurisdicciones prestigiosas. Estas jurisdicciones prestigiosas, según los comparativistas, son las figuras parentales de las familias jurídicas. Las jurisdicciones periféricas son los hijos de las familias, y su misión, como en las familias humanas, es aprender mediante mimesis de sus padres. En los sitios de recepción la actividad de lectura de la iusteoría se realiza en medio de ambientes hermenéuticos pobres. [...] Las ideas sufren cambios en el viaje y esos cambios son fundamentales para explicar la diversidad en la fundamentación de las creencias y práctica de distintos actores sociales.” LÓPEZ MEDINA, Diego. *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, Universidad de los Andes y Universidad Nacional de Colombia, 2009, págs. 17 y 18

así como de ciertas instituciones de la Escuela Clásica del Derecho Penal italiano, que han terminado desembocando en una serie *teorías impuras del derecho* construidas por la doctrina hispanohablante y aplicadas por jurisprudencia de las más altas corporaciones de justicia de forma disímil y antitética, evidenciándose que sus estructuras configurativas han resultado ser mucho más amorfas, discordantes y caóticas que las mismas teorías originalmente edificadas. De igual manera, es posible encontrar en la *zona de recepción* una serie de tópicos equivocados tales como la creencia de que el “funcionalismo” en general es hoy por hoy y desde hace un buen tiempo la doctrina jurídica mayoritaria de la ciencia penal alemana y que posee un modelo estructural del delito, perfecto, ausente de contradicciones y en consecuencia ya finalizado, pese a que todo ello no es ni siquiera remotamente cierto.

- c. Un tercer modelo de razonamiento jurídico-penal *mixtos asistemáticos*, correspondiente a los países disidentes del punto de vista *romano-germánico* del *civil law* (como lo serían Francia, Rusia, China o los africanos) con la inclusión de ciertos principios básicos del modelo del *common law* cuya característica básica sería precisamente la ausencia de cualquier tipo de sistematización y prácticamente ningún interés por construir una dogmática jurídico penal en la estructuración del delito.
- d. Un cuarto modelo de razonamiento jurídico-penal propio de los países *anglosajones* o del *common law* (Estados Unidos y Gran Bretaña) en los que existe una sistemática del delito no cientifizada, bastante simplista y que se concreta en dividir a aquél en un *actus reus* y en un *mens rea*, agregando a ello las eximentes de responsabilidad bajo la modalidad de *defences* pero dándoles una ubicación y estructuración en el plano del derecho procesal y no en la teoría del delito.
- e. Y finalmente un quinto modelo de razonamiento jurídico-penal, actualmente en construcción, de stirpe *supranacional* y correspondiente al sistema regulado por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de cuya normatividad puede desprenderse una tendencia marcada hacia la construcción del delito partiendo de la bipartición objetiva-subjetiva propia del modelo anglosajón.

Miremos gráficamente lo expuesto hasta ahora:

**Tabla.** Modelos de Razonamiento Penal.

SITIOS DE PRODUCCIÓN		
MODELO ANGLOSAJÓN (Inglaterra, Gales, Escocia, Irlanda y Estados Unidos)	MODELO CLÁSICO DEL CIVIL LAW (Francia, Suecia, Grecia e Italia)	MODELO DOGMÁTICO MULTITEÓRICO (Alemania, Austria, Portugal y España)
<p><b>Método general de interpretación (método científico utilizado):</b> Case Law</p> <p><b>Método de producción:</b> a) Opción 1: método analítico – Vgr. Positivismo de Hart; o b) Opción 2: método de interpretación basado en principios – Vgr. No-positivismo de Dworkin</p> <p><b>Unidad de sistema:</b> bipartito <i>mens rea</i> y <i>actus reus</i></p>	<p><b>Método general de interpretación (método científico utilizado):</b> Método dogmático (no suelen utilizar este nombre) aunque se deduce que es el empleado por ellos dado los pasos que siguen para la construcción del sistema</p> <p><b>Versiones del método dogmático:</b> Utilizan distintas técnicas y métodos interpretativos para la construcción de los dogmas. Por ejemplo: la exégesis, el método sistemático y el método teleológico entre otros.</p> <p><b>Unidad de sistema:</b> bipartito clásico, elemento objetivo y elemento subjetivo</p>	<p><b>Método general de interpretación (método científico utilizado):</b> La dogmática jurídico-penal</p> <p><b>Versiones del método dogmático:</b> Las distintas corrientes del derecho penal alemán han utilizado diversas versiones del método dogmático: el positivismo naturalista empleó el <i>método descriptivo y clasificatorio de las ciencias naturales</i>; el neokantismo penal utilizó el <i>relativismo valorativo</i> y el <i>dualismo metodológico</i>; el finalismo empleó el <i>ontologismo</i>; el funcionalismo moderado utilizó el <i>método teleológico (final) racional</i>; el funcionalismo radical empleó el <i>criterio sistémico-normativista</i>; y la teoría ecléctica del delito utilizó una doble mixtura metodológica: (1) el producto de la combinación del <i>método sistemático, tópico o deductivo</i> con el <i>método inductivo</i> y (2) la suma del <i>ontologismo</i> y el <i>normativismo</i>.</p> <p><b>Unidad de sistema:</b> tripartición de categorías: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad</p>
SITIOS DE RECEPCIÓN		
RECEPCIÓN DEL MODELO MULTITEÓRICO	MODELOS ASISTEMÁTICOS (combinan perspectivas autóctonas y los anteriores tres modelos de los sitios de producción)	
Latinoamérica Japón	Rusia China Países africanos	

Fuente: propia.

### *Parte segunda del marco teórico*

La tesis defendida al respecto es la siguiente: la imputación objetiva aun cuando en sus inicios pretendió ser una teoría causal que superara a todas sus predecesoras<sup>25</sup> logró independizarse de tal forma que se convirtió en un *elemento* independiente y adicional a ella que hoy en día integra el tipo penal objetivo y resulta necesario para afirmar la *tipicidad objetiva* del comportamiento pero sin que deba equiparársela con ésta. Así pues, se comienza por diferenciar conceptualmente varios significantes y la función que ellos prestan, para evitar de esta manera confusiones inútiles que tan solo distraerían la atención en lo fundamental:

- ¿Qué es la imputación objetiva? Un elemento del tipo penal objetivo (de la misma manera que lo son la causalidad, el objeto material, los sujetos, la acción, el resultado, etc.) que exige para su configuración dos niveles: la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (que podría llamarse imputación objetiva de primer nivel o imputación objetiva del comportamiento) y la realización del riesgo en el resultado (cuyo nombre podría ser el de imputación objetiva de segundo nivel o imputación objetiva del resultado).
- ¿Qué es el tipo penal objetivo? Una de las partes del “tipo penal” integrado por varios elementos entre los que se encontraría la “imputación objetiva”.
- ¿Qué es el juicio de tipicidad objetiva? La operación mental a través de la cual se compara los hechos investigados con los elementos del tipo penal objetivo para determinar si existe o no *adecuación, subsunción valorativa o equivalencia* entre ellos. En caso afirmativo, la consecuencia de dicho juicio de adecuación sería la “tipicidad objetiva” del hecho; y en caso contrario, la “atipicidad objetiva” del mismo. Al respecto es posible evidenciar la existencia de **tres juicios** de tipicidad objetiva: (1) un juicio de subsunción lógico; (2) un juicio de imputación fáctica o del hecho empírico; y (3) un juicio de imputación objetiva, los cuales serán explicados más adelante.

---

25 De una u otra forma así lo reconoce RIGHI, Esteban. Idem. pág. 177

- ¿Qué función cumple la imputación objetiva? Busca determinar dos cosas: (1) si están vinculadas jurídicamente la acción típica y el resultado típico; y (2) si la totalidad de esa actuación puede serle imputada a una persona como obra suya. Para hacerlo se vale de los dos **niveles** antes referidos (como exigencias del mismo): la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado* y la *concreción del riesgo en el resultado* como aspectos “positivos” de la imputación objetiva. De esta manera, el riesgo permitido, la prohibición de regreso, el principio de confianza, la falta de lesividad, la no concreción del riesgo desaprobado en el resultado, etc. serían en realidad la faz negativa de cada uno de esos niveles de atribución normativa y no los subniveles de los dos escaños de imputación referidos, por lo cual se constituirían en verdaderas causales de *ausencia de responsabilidad* como factores negativos de imputación objetiva al excluirse alguno de sus niveles. (Por ejemplo, así como el dolo (compuesto positivamente por dos elementos uno cognitivo y otro volitivo) posee una contracara o faz negativa llamada “error de tipo”, de la misma manera la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado* como primer nivel de la imputación objetiva tiene (entre muchas otras) una contracara o faz negativa: el riesgo permitido. Aquél (el error de tipo) genera atipicidad subjetiva, éste (el riesgo permitido) produce la atipicidad objetiva del hecho y ambos, en últimas, serían entonces ausencias de responsabilidad.
- ¿En qué se diferencia la función que cumple la imputación objetiva de la que cumple la causalidad? Como es bien sabido tanto la *conducta tipificada* como el *resultado tipificado* tienen la misma dualidad característica de la luz, que se comporta a la vez como onda y como partícula, aunque este caso esa dualidad no es respecto a su comportamiento sino a su esencia: la *conducta tipificada* y el *resultado tipificado* son a la vez *empíricos* y *normativos*; o en lenguaje de SEARLE<sup>26</sup> hechos brutos<sup>27</sup> y hechos institucionales<sup>28</sup>. ¿Cómo conectar esos mundos? Así: de forma *inicial* se debe establecer el nexo empírico mediante el mecanismo que la naturaleza (*en sus distintas ciencias*) nos brinda: *la causalidad*. Y luego se debe tomar ese material *empírico* y

---

26 Cfr. SEARLE, John. *La construcción de la realidad social*. España: Paidós, 1997, pág. 49 y ss.

27 Acontecimientos físicos no construidos socialmente

28 Son hechos a merced del acuerdo humano y según la función asignada por los hombres.

filtrarlo por lo *jurídico* para establecer el nexo normativo mediante una serie de criterios surgidos de tiempo atrás y llamados *imputación objetiva*. Si empíricamente no se diera dicha conexión, es como si, en el caso de un artista dispuesto a pintar, nadie le entregara lienzo, pinceles, ni colores; sencillamente ahí todo acabaría. No se podría continuar el juicio de tipicidad y el comportamiento devendría en atípico. Del mismo modo, si la *causalidad natural* se establece, pero tampoco existe un vínculo jurídico por imposibilidad de *imputar objetivamente* el resultado o la conducta a su autor y enlazar normativamente de igual forma esos extremos, tampoco podría continuarse con el análisis de lo sucedido y los hechos investigados serían atípicos. Así pues, la causalidad cumple la **función** de conectar empíricamente los mundos como primer presupuesto de enlace y la imputación objetiva cumple la **función** de hacer lo mismo pero normativamente hablando.

- De esta manera, es evidente que ambos conceptos (causalidad e imputación objetiva) cumplen funciones diferentes y necesarias pues uno es el conector empírico de la realidad natural en la que se basa la *acción* y el *resultado*; y el otro es el conector normativo. El primero brinda la materia prima empírica que será analizada y valorada por la segunda, para saber si le ha de pertenecer o no a una persona; para saber si, objetivamente (o mejor normativamente) puede serle finalmente atribuida. La segunda, en cambio valora lo que la primera describe. Así pues, desde este punto de vista, la imputación objetiva termina siendo un elemento jurídicamente valorativo y prescriptivo, mientras que la causalidad tan solo meramente descriptivo. Por ello, lo correcto es considerar que la **causalidad**, como elemento del tipo penal independiente de la imputación objetiva, es la afirmación de un vínculo material entre dos hechos, uno llamado *acción* y otro *resultado*, cuya *comprobación* (que es un tema ajeno a la teoría del delito y pertenece es al derecho probatorio) se hace, en cada caso concreto, a partir de una específica ley de la ciencia que rija para explicar el respectivo fenómeno factual.

Una mayor profundidad acerca de estos conceptos que delimitan este marco teórico, pueden encontrarse en el capítulo I de la presente investigación.

## Método

### *Introducción necesaria*

Uno de los temas de mayor dificultad a la hora de abordar una investigación doctoral es, sin lugar a dudas, el método. Y ello ocurre de esta manera, porque en la mayoría de la literatura especializada, se observa la inexistencia de claridad y unanimidad al respecto, lográndose evidenciar por el contrario divergencias más y más importantes que aumentan exponencialmente, con cada texto examinado<sup>29</sup>.

En consecuencia, antes de señalar los *métodos* que se utilizarán y su justificación en la presente investigación doctoral, serán mostrados algunos ejemplos de la diversidad existente de perspectivas en torno a ellos; con el objetivo de indicar que ante tanta incertidumbre, si bien el empleo de un método se hace necesario e indispensable, no constituye camisa de fuerza la escogencia de un solo método o de los que tradicionalmente son enunciados en las cartillas y manuales atinentes a la realización de proyectos de grado, por lo que al respecto existiría una cierta libertad para llevar a cabo con éxito la construcción de la tesis doctoral.

#### a. *Perspectiva de Manuel Sánchez Zorrilla*

Según este autor, la clave de la estrategia metodológica en la realización del proyecto de grado, se encuentra en la determinación del tipo de investigación

---

29 Un destacado ensayo en el que se retrata con lucidez esta problemática es sin lugar a dudas el siguiente: CRUZ PARCERO, Juan Antonio. *Los métodos para los juristas*. En: COURTIS, Christian [Edit.] *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación*. Madrid: Editorial Trotta, 2006. También puede Cfr. SÁNCHEZ ZORRILLA, Manuel. *La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho*. En: Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n° 14, 2011, pp. 317-358 // SARLO, Óscar. *Investigación jurídica. Fundamento y requisitos para su desarrollo desde lo institucional*. En: Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm.19 (octubre 2003), pp. 183-196 // GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo 1, Parte general. Capítulo I, El método en Derecho*. Buenos Aires; F.D.A., 2013 y *El método en Derecho*. Madrid: Editorial Civitas, 1997. // MATÍAS, Sergio. *Investigación y Derecho*. En: Verba Iuris, Julio - Diciembre 2010 // PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis. *La metodología de la investigación científica en derecho*. // WITKER, Jorge. *Metodología jurídica*. México: Mc Graw-Hill, 1997, entre otros.

que en derecho se realizará, siendo posible cualquiera de los siguientes enfoques:

- Investigación Jurídico-Social
- Investigación Jurídico-Doctrinal
- Investigación Jurídico-Filosófica

Sin embargo, no explica qué métodos habrán de emplearse en cada tipo de investigación, mostrando únicamente, de forma poco clara, los que corresponderían a la investigación *jurídico-doctrinal* al explicar que -"el modo de trabajar de los juristas, y aún más sus resultados, nos ha permitido separar en las dos formas ya conocidas esta actividad. Sin embargo, históricamente no se habla de investigación hermenéutica ni de investigación teórica, sino que se prefiere hablar de exégesis y de dogmática."<sup>30</sup> Luego divide su estudio en tres partes denominadas: (1) De la exégesis a la dogmática y más allá de ellas; (2) La investigación doctrinal-hermenéutica (en la que explica que allí es posible llevar a cabo la misma a través del *método dogmático* o la *hermenéutica*); y (3) La investigación doctrinal-teórica (en donde pareciera indicar que el método a emplear en dicho tipo de investigación es el *dogmático*).

Así que, en conclusión, éste autor lejos de esclarecer algo sobre el método, sólo deja entrever que posee una confusión en casi todo lo expresado, cuya dilucidación jamás desaparece a través del texto, evidenciándose por el contrario superficialidad en los temas tratados.

#### b. *Perspectiva de Juan Antonio Cruz Parceró*

Indiscutiblemente uno de los mejores ensayos<sup>31</sup> realizados sobre metodología de la investigación en derecho es el de este autor. Desde su óptica, la clave no se encuentra en el tipo de investigación jurídica que se vaya a realizar (dogmática,

---

30 SÁNCHEZ ZORRILLA, Manuel. *La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho*. Op. Cit.

31 *Los métodos para los juristas*. Op. Cit.

filosófica o social), sino en la identificación de las actividades básicas que realizan los juristas, pues una vez clarificado tal aspecto se viabiliza la indicación del método que para cada actividad sería el ideal.

- Si lo que requiere hacer el abogado o estudioso del derecho es *la identificación del objeto de estudio*, el método será: (1) el *método empírico* en caso de que la persona pertenezca al positivismo jurídico; (2) un *método de interpretación complejo* en teorías no-positivistas como la de Dworkin, cuyo método es la Teoría Hermenéutica; (3) alguno de los *métodos propios de la sociología, la antropología o la historia* se está en presencia de un realista jurídico; y (4) ante un iusnaturalista no existen métodos precisos, ya que todos los empleados por esta corriente de la filosofía del derecho han sido confusos y diversos.
- Si lo que requiere hacer el abogado o estudioso del derecho es *la descripción de las normas*, el método será: (1) el *método de definición o conceptualización de los términos de las normas o la glosa*, propio de los juristas del medioevo; y (2) el *método de análisis del lenguaje* para las corrientes contemporáneas del estudio del derecho.
- Si lo que requiere hacer el abogado o estudioso del derecho es *la sistematización del derecho*, el método será el *lógico* y el *matemático*.
- Si la actividad del jurista es la de *definir, crear y utilizar conceptos*, los métodos utilizados son: (1) los *lógico-racionales*; y (2) los de *definición*
- Si la actividad del jurista consiste en *la elaboración y utilización de distinciones, clasificaciones y teorías* el autor señala que no se atreve a sugerir ningún método para ello.
- Si lo que requiere el abogado es *la inferencia de principios o fines subyacentes en el derecho* serán dos los métodos a utilizar: (1) *método lógico-deductivo*; y (2) *método lógico-inductivo*.
- Si lo que se busca es *la interpretación y argumentación jurídica* entonces los métodos serán: (1) los métodos propios de la hermenéutica jurídica (como

el gramatical, lógica, analógico, etc); y (2) las teorías de la argumentación jurídica.

Como cierre de su estudio el profesor Cruz Parceró señala que la utilización del método no es algo hermético y cerrado, y que en consecuencia resulta viable importar los métodos de otras ciencias no-jurídicas para el estudio del derecho.

c. *Perspectiva de Jorge Witker y Rogelio Larios*

Estos autores asocian el método de investigación en derecho, con el enfoque teórico, razón por la cual considerarían que los métodos a emplear serían los siguientes:

- Jusnaturalismo
- Jusnormativismo
- Jussociologismo
- Jusmarxismo
- Filosofía analítica

d. *Perspectiva de Benigno Mantilla Pineda*

Este importante filósofo del derecho colombiano establece<sup>32</sup> con suma claridad los métodos que a través de la historia se han utilizado y que pueden emplearse cuando la investigación es de tipo jurídico-filosófica:

- La doctrina del derecho natural (método deductivo)
- La escuela francesa de la exégesis (método inductivo)

---

32 MANTILLA PINEDA, Benigno. *Filosofía del derecho*. Bogotá: Temis, 2003

- La escuela histórica (método inductivo)
- Escuela dogmática y constructiva – positivismo y formalismo jurídico – (método inductivo-deductivo).
- Escuelas de revisión de los métodos tradicionales (Diversos métodos se han empleado: (1) método teleológico; (2) método histórico-evolutivo; (3) método comparado; (4) método naturalista; y (5) método neo-criticista)
- Escuela científica francesa [métodos intuitivo, inductivo y deductivo]
- Métodos sociológico-jurídicos (1) sociologismo antimetafísico; (2) sociologismo moderado; (3) sociologismo materialista; (4) sociologismo jurídico alemán; y (5) sociologismo de la Escuela del Derecho Libre)
- Métodos teleológicos ((1) tradicional; y (2) jurisprudencia de intereses;)
- Realismo jurídico en general ((1) método inglés; (2) orientación fenomenológica; (3) la Escuela de Upsala; (4) el antiformalismo; y (5) jurisprudencia de los sentimientos)
- Métodos jurídico políticos
- Movimientos conciliadores
- Perspectiva de Jacobo Pérez Escobar

Para este profesor colombiano, los investigadores en Derecho pueden emplear métodos científicos generales y métodos jurídicos propiamente dichos<sup>33</sup>. Al respecto realiza la siguiente singular clasificación:

---

33 PEREZ ESCOBAR, Jacobo. *Metodología y técnica de la investigación jurídica*. Bogotá: Editorial Temis, 2015.

### 1. Métodos científicos generales en particular

- El análisis
- La síntesis
- La inducción
- La deducción
- La definición
- La clasificación
- La división

### 2. Métodos jurídicos. Estos a su vez pueden ser agrupados dependiendo de la *actividad* jurídica que será realizada, así:

- Métodos de interpretación de la ley: los métodos dependen de la Escuela de Interpretación que se adopte (vgr. escuela exegética, escuela de la libre investigación científica, escuela teleológica, etc.)
- Métodos de integración del derecho: en esencia son tres los métodos: la costumbre, la analogía y los principios generales del derecho.
- Métodos de creación legislativa del derecho: son diversos y para su determinación se examina muchos factores entre los que cabría la orientación filosófica a la cual pertenece el legislador

Una orientación similar se encuentra en la *Guía para la elaboración de proyectos de investigación* de la Universidad Libre, en la cual se sugiere el empleo de los métodos generales de la investigación científica para el estudio del Derecho,<sup>34</sup> clasificándolos de la siguiente manera:

### 3. Métodos teóricos:

- Inducción y deducción
- Análisis y síntesis
- Método dialéctico
- Histórico y lógico

---

34 Una perspectiva similar esboza FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Metodología, docencia e investigación jurídicas*. México: Editorial Porrúa, 1999, pág. 40

#### 4. Métodos prácticos:

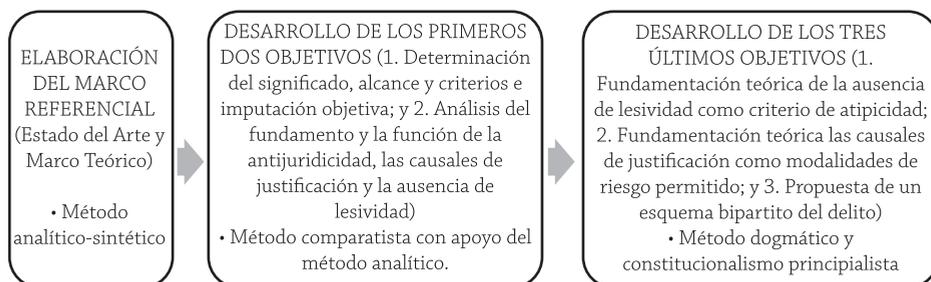
- La observación
- La experimentación

#### f. Conclusión

Como conclusión de esta breve y superficial exploración sobre metodología jurídica es importante aclarar que no existe unanimidad en la determinación de la manera como puede hacerse investigación científica en derecho, ni tampoco un catálogo uniforme de cuáles son los métodos que podrían emplearse para abordar los problemas jurídicos en cuestión, razón por la cual cada investigación, según las particularidades del caso, *elaborará o empleará* el método que se considere necesario.

#### ***Los métodos que se emplean en la presente investigación***

Para efectos prácticos se presenta en un flujograma del desarrollo de la investigación, para así enunciar y relacionar los métodos que se empleará en la realización de cada una de las etapas previstas:



#### a. *Elaboración del marco referencial*

En el Estado del Arte se muestran los intentos que hasta ahora se han realizado por parte de los distintos doctrinantes del mundo (principalmente alemanes) en la elaboración de una Teoría del Delito que compatibilice las causales de justificación<sup>35</sup>, la ausencia de lesividad<sup>36</sup>, el estudio de la antijuridicidad y la

35 Acápite 3.2 de la presente investigación se aborda el estado del arte sobre dicho tema.

36 Acápite 2.2.1. de la presente investigación se aborda el estado del arte sobre dicho tema.

imputación objetiva<sup>37</sup>. Así mismo, en el Marco Teórico *se reconstruyó* lo que podrían denominarse los **modelos de razonamiento penal** apartándose de la agrupación que otros autores ya habían realizado (como por ejemplo FLETCHER) al considerarlos insuficientes, que reflejaban realmente la manera como cada *cultura jurídica* organizaba sus reglas de imputación y de responsabilidad penal, y además se dejó sentada la postura que tenía sobre la imputación objetiva como base para el análisis integral de toda la indagación que se está realizando.

Para la *investigación* de los contenidos de cada uno de estos ítems fue utilizado el denominado **método analítico-sintético**<sup>38</sup> el cual consistiría, *primero*, en el estudio de los hechos<sup>39</sup> (en este caso institucionales<sup>40</sup>) partiendo de la descomposición o desintegración de un todo en sus partes más simples, posibilitándose de esta manera la reflexión crítica y detenida “*de cada uno de sus elementos, y la determinación de los tipos de relaciones que se establecen entre ellos y con respecto del todo*”<sup>41</sup> (análisis), para en *segundo* lugar proceder luego a sistematizar y reorganizar dichas partes con el objeto de “*estudiarlas de manera holística e integral (síntesis)*.”<sup>42</sup>

Así pues, esta investigación, hasta el momento (puesto que este marco aún está en construcción), se ha aplicado el método analítico-sintético de la siguiente manera:

- En el *Estado del Arte* se realizó una exploración documental de los Manuales, Artículos Científicos, Tesis Doctorales y demás textos pertinentes en los que pudiera existir una referencia a la construcción

37 En el acápite 1.1 de la presente investigación se aborda todo lo relativo al estado de arte existente sobre imputación objetiva en lo atinente a la temática aquí propuesta.

38 Cfr. BERNAL, César Augusto. *Metodología de la Investigación*. México: Pearson Educación, 2006, pág. 57

39 “*La síntesis, así como el análisis, puede versar tanto sobre objetos reales como ideales y culturales; es decir, existen síntesis materiales (como las que realizan los físicos, los químicos y los biólogos) y síntesis racionales, que se efectúan con productos del pensamiento (como las de psicólogos, sociólogos, historiadores y juristas, por ejemplo).*” En: RODRÍGUEZ CEPEDA, Bartolo Pablo. *Metodología jurídica*. México: Oxford University Press, 2006, pág. 26

40 SEARLE, John. *La construcción de la realidad social*. España: Paidós, 1997, pág. 49 y ss. Los hechos institucionales son hechos a merced del acuerdo humano y según la función asignada por los hombres.

41 RODRÍGUEZ CEPEDA, Bartolo Pablo. Op. Cit. Pág. 24

42 BERNAL, César Augusto. Op. Cit. Pág. 57

de una Teoría del Delito que integrara el estudio de las causales de justificación, la ausencia de la lesividad y la teoría de la imputación objetiva. Lamentablemente (o afortunadamente, pues ello le da novedad a la investigación) no se hallaron muchas referencias al respecto y las que se encontraron, aun cuando tenían esa pretensión, no llegaban a elaborar una teoría del delito que reconstruyera los elementos de la responsabilidad penal a partir de las hipótesis de trabajo aquí manejadas. A esa conclusión se llegó gracias al siguiente proceso investigativo: (1) se separó analíticamente el ámbito teleológico de la investigación de cada autor estudiado para verificar coincidencias y diferencias de ellos con la presente investigación; (2) luego se dividieron las *teorías base* que utilizaron tales autores para desarrollar sus propuestas teóricas; (3) se estudiaron las *partes* de cada una de esas teorías seccionadas; y (4) finalmente se sintetizaron por *sistemas* de configuración integral.

- De igual manera, se utilizó para lo atinente al estado de arte que se desarrolló con relación a la categoría dogmática negativa denominada “ausencia de lesividad” lo que el profesor Robert Alexy<sup>43</sup> ha llamado el *uso de precedentes* y que en Colombia es conocido como la *construcción de líneas jurisprudenciales*<sup>44</sup>. Al respecto, la primera distinción de la que se debe partir es aquella según la cual en Colombia operan tres tipos de precedentes; uno de obligación absoluta<sup>45</sup> (generados únicamente por la Corte Constitucional colombiana en sentencias de control de constitucionalidad), otro de obligación semi-absoluta<sup>46</sup> (tan solo hallado en el alcance de los derechos fundamentales, fijado por la

---

43 ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Op. Cit. p. 261

44 Sobre dicha metodología en Colombia puede cfr. Diego López Medina, *El Derecho de los Jueces*, 139-264. (Legis & Universidad de los Andes, Bogotá, 2008); del mismo autor *Eslabones del Derecho. El deber de coherencia con el precedente judicial*, 183-203. (Legis & Universidad de los Andes, Bogotá, 2016); Manuel Fernando Quinche, *El precedente judicial y sus reglas*, 17-116. (Legis & Universidad del Rosario, Bogotá, 2014)

45 Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 243. Julio 7 de 1991 (Colombia).

46 Ídem, art. 241. Este nombre de precedente de “obligación semi-absoluta” se toma para asignarle un nombre a un estadio intermedio de vinculatoriedad del precedente ubicado entre el de “obligación absoluta” y de el “obligación relativa”. El nombre con el que comúnmente se encuentra a este tipo de jurisprudencia constitucional es el de “precedente de proyección doctrinal vinculante” según lo enseña la sentencia C-539 de 2011 proferida por la Corte Constitucional. Sin embargo, se opta por asignarle el de “obligación semi-absoluta” porque tal denotación brinda mayor claridad en torno al “grado” de vinculatoriedad que tiene frente a la toma de una decisión determinada.

Corte Constitucional a través de la *ratio decidendi* en sus sentencias de tutela) y finalmente los de obligación relativa,<sup>47</sup> cuya génesis se puede encontrar tanto en la Corte Suprema de Justicia como en la misma Corte Constitucional, a partir de la *doctrina probable*<sup>48</sup> y el *caso análogo* respectivamente.

- Según el profesor Edward Levi el sistema de precedentes en el *common law* implica un “razonamiento por vía de ejemplos”<sup>49</sup> a partir de los cuales se determina el significado, alcance y reglas constitutivas de las normas que habrán de regular los casos concretos. En consecuencia, “es un principio básico de la administración de justicia que los casos similares deben ser decididos de manera similar.”<sup>50</sup> Por el contrario, para el mundo de tradición continentalista o romano-germánico. la situación es distinta puesto que el culto se le ha rendido, no al precedente, sino de manera principal a la ley (como en Francia) o a la doctrina jurídico-penal (como en Alemania) considerándose que la jurisprudencia es un simple criterio auxiliar totalmente marginado del derecho, cuya única labor sería la de aplicar los preceptos contenidos en una u otra fuente del derecho, buscando aproximarse lo más posible hasta los parámetros que hubiesen sido fijados puntualmente por cada una de aquellas.
- En Colombia, como bien lo explica el profesor Diego LÓPEZ MEDINA, puede decirse que la tradición jurídica estuvo orientada en sus inicios por una visión plenamente continentalista del Derecho. Sin embargo, a partir de la Constitución Política de 1991 la Corte Constitucional comenzó a realizar “un uso más intensivo y estricto de la jurisprudencia

---

47 Ibidem, arts. 234 y 235.1. También la Ley 153 de 1887. Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. Art. 10. Agosto 15 de 1887. DO. N° 7151 y 7152

48 Para verificar la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia se requieren cumplir lo siguientes presupuestos: 1° Que sea una regla general de derecho mediante la cual se haya interpretado la ley y no simplemente una subregla elaborada para solucionar un caso concreto, 2° La regla extraída debió haber sido el fundamento jurídico de la decisión tomada por la Corte Suprema de Justicia, 3° Esta regla de derecho debe haber sido reiterada de manera uniforme en tres decisiones más por la Alta Corporación, y 4° Las subreglas que amplíen el alcance de la regla, excepcionándola para ciertas situaciones o precisándola en cuanto a su aplicación, al ser reiteradas de manera uniforme en tres decisiones de la Corte, se integrarán con la regla y por ende constituirán doctrina probable.

49 LEVI, Edward. *Introducción al razonamiento jurídico*. Buenos Aires: Editorial EUDEBA, 1964, pp. 9-17

50 CROSS, Rupert & HARRIS, J.W. *El precedente en el derecho inglés*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2012, p. 23

*como fuente del derecho (en comparación con las otras altas cortes), (...) mediante analogía fáctica, de caso a caso, generando así verdaderas líneas jurisprudenciales.” En cambio, las demás corporaciones de justicia “seguían fallando con fundamento esencial en la ley (y no en la jurisprudencia), y, cuando hacían uso de la jurisprudencia, lo hacían para **estabilizar el significado de conceptos jurídicos, no para generar coherencia decisional entre casos análogos.**”<sup>51</sup>*

- En la presente investigación se busca desarrollar la perspectiva actual del precedente en Colombia; utilizando para ello, tanto el análisis estático del precedente (sentencias individualmente consideradas), como el análisis dinámico de las mismas (lo que implica la reconstrucción de las líneas jurisprudenciales atinentes a los distintos temas que sobre lesividad serán desarrollados). Igualmente, se tomarán como parámetros y categorías de análisis aquellas que sean derivadas de la particular visión mixta del precedente existente en estas latitudes con olor a café.
- En lo atinente al *Marco Teórico* (al cual le falta aún completarse) se elaboró de la siguiente manera: (1) se dividieron en sus partes esenciales (categorías dogmáticas y principios base) los distintos Esquemas del Delito existentes, comenzando primero por las *culturas jurídicas*<sup>52</sup> y luego por ciertas zonas de alto desarrollo científico, usando para ello como constructo de análisis la división entre *sitios de producción* y *sitios de recepción* que fuera elaborada por Diego LÓPEZ MEDINA en su libro *la Teoría Impura del Derecho*; y (2) posteriormente se inició un proceso de reorganización de los Esquemas del Delito bajo la regla de un *mayor número de coincidencias encontradas*, lográndose diferenciar 5 modelos de razonamiento penal en las grandes muestras analizadas, las cuales a su vez podían agruparse en los dos grandes bloques de *sitios de producción* y *sitios de recepción*.

---

51 LÓPEZ MEDINA, Diego. *Los eslabones del derecho*. Bogotá: Editorial Legis, 2017, p. 4

52 Sobre el uso de este constructo: GARAPON, Antoine y PAPADOPOULOS, Ioannis. *Juzgar en Estados Unidos y Francia. Cultura jurídica francesa y common law*. Bogotá: Editorial Legis, 2006. También es válido usar los denominados “ejes de comparación”. Al respecto cfr. HENDLER, Edmundo S. *Sistemas Penales Comparados*. Argentina: Ediciones Didot, 2014, págs. 38 y ss

b. *Elaboración de los dos primeros objetivos propuestos*

Para desarrollar los dos primeros objetivos (los cuales ya van bastante adelantados) se utilizó el **método comparativo** en la versión de Lucio PEGORARO el cual “*se pone al servicio de otras ciencias, no representando la comparación un objetivo, sino un medio para entender mejor el objeto de la ciencia afectada. Como método, la comparación puede transformarse siempre en ciencia, cuando el fin no es instrumental sino directo.*”<sup>53</sup> Dicho método tiene cuatro finalidades<sup>54</sup>:

- El estudio del derecho propio a través de la comparación.
- La construcción del derecho codificado
- La edificación de derechos comunes (unificación/armonización del derecho).
- El auxilio a los jueces.

En este caso será utilizado con la primera y tercera de las finalidades, puesto que precisamente se buscará hallar la forma de compatibilizar o armonizar el juicio de antijuridicidad y el juicio de imputación objetiva a través de los aportes del derecho comparado para luego de ello construir un esquema del delito que permita interpretar el ordenamiento jurídico penal. Ahora bien, para lograr tal objetivo, lo primero que el Método Comparativo hace es valerse o auxiliarse de otro método que sirva para analizar los objetos de comparación, entre se emplea el **método analítico**, siendo este “*el método usado por la corriente (o ciencia) llamada Filosofía (del derecho) analítica, caracterizada por aquel método.*”<sup>55</sup>

De los múltiples filósofos analíticos que emplean dicho método se presenta a Ricardo GUASTINI<sup>56</sup> quien, al igual que BOBBIO<sup>57</sup>, partiendo de un presupuesto meta-filosófico (“*la filosofía es análisis lógico del lenguaje*”) y un presupuesto ontológico-jurídico (“*las normas jurídicas son entidades el lenguaje*”) explica

---

53 PEGORARO, Lucio. *Derecho constitucional comparado. La ciencia y el método*. Copia del Manuscrito Original Traducido por Sabrina Ragone para la Editorial Astrea, 2016, facilitado por la Dirección del Doctorado de la Universidad Libre de Colombia, con autorización expresa del autor, pág. 41

54 Ídem, pág. 173

55 Ídem, pág. 73

56 GUASTINI, Ricardo. *Otras distinciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, pág. 77

57 GUASTINI, Ricardo. *Distinguiendo*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2011, pág. 58

que los instrumentos necesarios para aplicar dicho método a la investigación jurídica, en ese caso comparada, son sin lugar a dudas:

- La definición
- La distinción entre enunciados empíricos y enunciados analíticos
- La distinción entre lenguaje y metalenguaje
- La distinción entre enunciados descriptivos y enunciados prescriptivos
- La distinción entre motivos y razones

Así mismo, en cuanto a las categorías conceptuales del Método Comparativo que se emplea para desarrollar los objetivos previstos se tienen las siguientes:

- Los *formantes*: no es una categoría asimilable a las fuentes del derecho (aunque tengan ciertos puntos de encuentro) puesto que “*la expresión “formantes” del ordenamiento, típica de la fonética, la ha utilizado Rodolfo Sacco para indicar a los diferentes conjuntos de reglas y proposiciones que, en el ámbito del ordenamiento, contribuyen a generar el orden jurídico de un grupo, en un lugar determinado y en un momento determinado.*”<sup>58</sup> Así pues, dentro de los muchos formantes se utilizarán tres de ellos: (1) la legislación internacional común a los países firmantes del Estatuto de Roma sobre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario; (2) la tendencia jurisprudencial de los países representativos de cada modelo de razonamiento penal; y (3) la doctrina dominante de dichos Estados<sup>59</sup>. Se presenta como referencia el Estatuto de Roma porque ha sido un punto en común que acerca los distintos ordenamientos jurídico-penales hacia líneas de coincidencia. Es por ello, que estudiar tal legislación también servirá para tener una **luz** que permita hallar más sólidos argumentos para unificar el juicio de antijuridicidad y el juicio de imputación objetiva.

---

58 PEGORARO, Lucio. Op. Cit. Pág. 76

59 Ídem, pág. 30, quien dice: “*Un Derecho comparado moderno, no eurocéntrico, forjado para afrontar los desafíos de la comparación y de la integración, por tanto, se edifica sobre dos pilares.*

*El primero es la conciencia de los condicionamientos culturales y el posicionamiento relativista a nivel de construcción gnoseológica.*

*El segundo pilar es la atribución del nivel adecuado a los formantes prevalentes –según los casos: legislativo, jurisprudencial, doctrinal y cultural–, conforme al objeto de investigación. El riesgo es subsumir este último en la esfera del derecho, sin delimitar previamente los límites del mismo.”*

- Los *modelos*: puesto que las grandes categorías con las cuales se trabaja para construir la Teoría Globalizada del Delito (el esquema bipartito) serán los *modelos de razonamiento penal*. Al respecto, es necesario precisar que según el profesor PEGORARO tales “modelos” son categorías lógicas “*producto de la clasificación como síntesis de la complejidad*”.<sup>60</sup> Así pues, “*un modelo puede entenderse como Rechtstypus (tipo jurídico), individualizado a través de la comparación y que, por ende, porta consigo características comunes de un conjunto de ordenamientos; o bien como Rechtsideal (tipo ideal o ideal jurídico) es decir, como aquel modelo que responde a algunos arquetipos ideales o a ‘lo que debe ser’.*” Sin embargo, en la presente investigación será trabajado el término “modelo” únicamente como *Rechtstypus* frente a la clasificación de los ya existentes y *Rechtsideal* para el producto final que se obtenga de esta indagación (esto es, la *Teoría Globalizada del Delito*)
- Las *familias jurídicas*: este concepto del Método Comparativo tiene la ventaja de “*ordenar una cantidad amplia de experiencias jurídicas muy diferentes que sin embargo tienen algunos caracteres comunes que justifican hipótesis clasificatorias*”<sup>61</sup>, razón por la cual se emplea de la mano con el constructo de *culturas jurídicas* como ejes de comparación para lograr la caracterización de los distintos modelos de razonamiento penal y a partir de ello analizar la teoría de la imputación objetiva, la antijuridicidad, las causales de justificación y la ausencia de lesividad.

Con base en todos estos elementos se buscará desarrollar los dos primeros objetivos, lo que permitirá tener la base a partir de la cual se logre fundamentar las tres hipótesis de trabajo.

c. Elaboración de los últimos tres objetivos propuestos

Para lograr **demostrar** las tres hipótesis de trabajo, que a su vez son los últimos tres objetivos, será utilizado el **método dogmático** y las premisas básicas del **constitucionalismo principialista** como reglas axiológicas de fundamentación

---

60 Ídem, pág. 125.

61 Ídem, pág. 146

del nuevo esquema del delito. En lo relativo al *método dogmático* es necesario realizar varias precisiones para evitar cualquier tipo de equívoco al respecto.

La *teoría del delito* es aquella rama de la Ciencia del Derecho Penal que intenta responder a la pregunta ¿qué es el Delito?, desde el punto de vista meramente dogmático. Esto significa que para contestar dicho interrogante ella no acude a investigaciones sociológicas, filosóficas, criminológicas o de política criminal, sino que tan solo se basa en la interpretación de los textos legales<sup>62</sup> con el objeto de armonizarlos en un todo coherente y viabilizar así la solución racional y razonable de los casos sometidos a su consideración.

Para lograr su cometido de carácter científico, la teoría del delito utiliza el *método dogmático*<sup>63</sup>, entendiéndolo éste como un procedimiento mediante el cual se interpretan los enunciados normativos contenidos en los textos legales estableciendo similitudes y diferencias, hasta reducir todo su significado a conceptos generales, categorías, unidades simples o dogmas, con los que sea posible elaborar luego una construcción lógica (es decir, una teoría), en la que cada uno de ellos encuentre su explicación, enlace y coherencia. Sin embargo, después de ese procedimiento será necesario compatibilizar la teoría obtenida con los principios constitucionales que existen en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que los mismos constituyen los límites al *ius puniendi* de un Estado.

---

62 El profesor español Francisco MUÑOZ CONDE dice al respecto lo siguiente: “La Teoría General del Delito estudia las características comunes que debe tener cualquier conducta (acción u omisión) para ser considerada delito, sea ésta en el caso concreto un homicidio, una estafa, una agresión sexual o una malversación de caudales públicos. (...) Para ello debe partir del Derecho penal positivo.” *Derecho Penal, Parte General*. México: Tirant lo Blanch, 2012, pág. 201

63 Es necesario aclarar que la **dogmática jurídica** tiene al menos tres significados: **(1)** es equiparable a la expresión *Ciencia del Derecho*, constituyendo por lo tanto un sinónimo de la misma [en este sentido lo es para ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas, 1997, pág. 192]; **(2)** es el “*método científico*” empleado de manera primordial y por antonomasia en el seno de la Ciencia Jurídica, pero sin llegar por esto a confundirse o identificarse con ella (acá prefiere hablarse en consecuencia simplemente de *método dogmático* para diferenciarlo de la *dogmática jurídica*. Ver esta postura en: MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Montevideo. B de F. Págs.151 y ss.]; y **(3)** es una serie de enunciados que se refieren a las normas positivas establecidas por el Estado y a la aplicación del Derecho, pero sin llegar a equipararse con su simple descripción, razón por la cual es posible asimilar en este sentido la dogmática jurídica con la *Teoría* o el *Sistema* construido a partir de la interpretación y armonización de los ordenamientos jurídicos [así para ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, págs. 240 y ss.]

Así mismo, es necesario afirmar que hoy por hoy se consideran fines esenciales de la *Ciencia del Derecho Penal* o *Dogmática Jurídico-Penal* (que no se debe confundir con el método dogmático anteriormente definido) los siguientes<sup>64</sup>: (1) una misión puramente ordenadora, expositiva y sistematizadora del Derecho positivo; esto es, únicamente descriptiva; (2) una tarea prescriptiva o normativa puesto que ella aduce buenas razones para preferir la interpretación que ofrece del Derecho positivo frente a otras posibles hermenéuticas existentes; (3) una tarea crítico-prescriptiva que surge cuando la solución que propone para la decisión de un caso no puede ser extraída del Derecho positivo y en consecuencia aduce la modificación del ordenamiento jurídico existente; y (4) la crítica judicial o análisis de los fallos jurisprudenciales producidos con base en los diversos problemas que surgen en el momento de aplicar la *teoría del delito* a casos reales<sup>65</sup>.

Ahora bien, en cuanto al método científico que emplea la *Ciencia del Derecho Penal* o *Dogmática Jurídico-Penal*<sup>66</sup> para la edificación de su “sistema del delito”, tal y como se dijo líneas atrás, se evidencia que ella se vale de un procedimiento denominado *método dogmático* cuya aplicación secuencial es llevada a cabo en tres pasos<sup>67</sup>:

1. *Interpretación*: Consiste en desentrañar el significado de los enunciados normativos existentes en los textos legales; es decir, en hallar las normas aplicables a las distintas hipótesis factuales. Tal ejercicio interpretativo se realiza mediante el uso de cuatro métodos hermenéuticos puntuales:
  - El *método analítico* o *gramatical*: a partir de este método se extrae el sentido de las palabras desde 3 perspectivas: *primero*, de

---

64 Se sigue en este punto a COURTIS, Christian. *El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática*. En: *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2006, págs. 113 y ss.

65 Robert ALEXY considera que las tareas de la dogmática jurídica son: “(1) el análisis lógico de los conceptos jurídicos; (2) la reconducción de este análisis a un sistema, y (3) la aplicación de los resultados de este análisis en la fundamentación de las decisiones jurídicas.” Ídem, pág. 242

66 La *dogmática jurídico-penal* como forma particular de hacer Ciencia del Derecho es definida por ROXIN de la siguiente manera: “es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal.” Ídem, pág. 192

67 Se sigue en lo fundamental a VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Quinta Edición, 2013, págs. 12 y ss.

conformidad con el uso corriente de las mismas; *segundo*, de acuerdo al significado técnico-jurídico propio de cada rama del derecho desde la cual se busque definir la palabra en cuestión [*sedes materiae*]; y *tercero*, utilizando el significado característico de otras ciencias o técnicas a las cuales haga alusión el enunciado normativo [*neologismo*]

- El *método teleológico*: con este se determina el significado de la ley a partir del espíritu de esta o de su finalidad implícita. Para tales efectos, primero se examina la finalidad histórica (directiva teleológica subjetiva), el fin del creador del texto jurídico en el momento de su emisión, y luego la finalidad funcional (directiva teleológica objetiva) – el fin del texto jurídico en la sociedad actual.<sup>68</sup>
- El *método lógico-sistemático*: con él se determina el significado de la ley a partir del análisis de cada una de sus partes, de tal manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Para ello se utilizan: (1) las reglas deductivas y constitutivas tanto de la lógica formal como de la lógica jurídica; y (2) la “directiva sistemática de coherencia” mediante la cual se conectan las normas obtenidas en los procedimientos anteriores, con las de los otros enunciados normativos, de tal manera que se eviten al máximo las antinomias jurídicas.
- *Compatibilización constitucional*: mediante el cual se verifica si las “normas” legales obtenidas anteriormente son inconstitucionales o no, propendiendo por lograr la armonización entre los dispositivos legales y la Constitución Política mediante el principio de “conservación del derecho”<sup>69</sup>.

---

68 Ver al respecto: FERRER MURILLO, Jhon Mario. *Teoría de la interpretación jurídica*. En: *Interpretación y argumentación jurídica*. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2013, pág. 46

69 Al respecto dijo la sentencia C-065/1997 de la Corte Constitucional: “La jurisprudencia de esta Corporación considera que uno de los criterios que debe orientar sus decisiones es el llamado “principio de la conservación del derecho”, según el cual los tribunales constitucionales deben siempre buscar conservar al máximo las disposiciones emanadas del Legislador, en virtud del respeto al principio democrático. Por ello si una disposición admite una interpretación acorde con la Carta, es deber de esta Corte declararla exequible de manera condicionada, y no retirarla del ordenamiento”.

2. *Sistematización*: Con los “dogmas” obtenidos en la interpretación de la ley se procederá a construir un “sistema” mediante el cual sea posible solucionar los casos sometidos al mismo. Esto significa, que a través de la *sistematización* se elabora la *Teoría del Delito* correspondiente para el orden jurídico-penal de un determinado país.
3. *Crítica*: Puede ocurrir, sin embargo, que el *sistema* producido a partir de los textos legales sea una completa incorrección, resulte anacrónico, inconstitucional o definitivamente inarmónico, situación ante la cual habría que someter a cambio la ley penal, si el *sistema* construido es erróneo por derivación ineludible de la ley y no por yerros en la elaboración del intérprete.

Para que una *teoría del delito* tenga aceptación en la comunidad científica y en la praxis judicial se requiere que tenga tres cualidades<sup>70</sup>: (1) *completividad lógica*, esto es, que no resulte autocontradictoria y respete los principios básicos de la racionalidad; (2) *compatibilidad legal y constitucional*, por cuanto la doctrina no puede ir *contra legem*; y (3) *armonía jurídica*, dado que, si la teoría carece de estética, sencillez y simetría, ningún jurista la acogerá y quedará en el olvido.

Sin embargo, dicho **método dogmático**, que no debe confundirse con la *Dogmática Jurídica*, será aplicado a la presente investigación, teniendo como base, adicionalmente a lo ya expuesto, las siguientes premisas sentadas por el profesor SILVA SÁNCHEZ:

1. No consistirá dicho método simplemente en la descripción de un subsistema jurídico-penal, que sea resultado de la observación del derecho positivo, sino que apuntará a la construcción de unas reglas y principios propias de un Derecho Justo<sup>71</sup> (entendiendo como justo la materialización de la base común<sup>72</sup> a las distintas concepciones que se tengan sobre los Derechos Humanos y la Dignidad Humana).

---

70 Al respecto ver: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2002, pág. 79

71 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Op. Cit. Pág. 287

72 Sobre este punto es muy útil el estudio de: MARQUARDT, Bernd. *Derechos humanos y fundamentales. Una historia del Derecho. ¿Valores universales o hegemonía moral de occidente?* Bogotá: Editorial Ibáñez, 2015.

2. En la *construcción de la Teoría Globalizada del Delito* se tendrán en cuenta los tres grandes niveles<sup>73</sup> de edificación de un sistema con pretensiones científicas. Dichos niveles son: *primero*, la selección de los principios y premisas valorativas que servirán de fundamento para la edificación del sistema (esto es, los límites infranqueables al *ius puniendi*) y la atribución de contenido, así como la construcción argumentativa, de las distintas categorías básicas del mismo; *segundo*, se elaborarán las categorías dogmáticas de abstracción media del sistema (la culpa, el dolo, el error, la participación, etc.); y *tercero*, se validará el sistema mediante la solución de casos problemáticos.
  
3. Para que la *derivación* de las categorías dogmáticas realizadas a partir de los principios comunes hallados en los distintos modelos de razonamiento penal sea válida (en el sentido de auténticas deducciones lógicas<sup>74</sup>) se requerirá superar ciertos 8 controles: 1.) el control ejercido por el análisis semántico de las disposiciones; 2.) el control representado por la interpretación conforme a las legislaciones superiores (en este caso, principalmente, el Estatuto de Roma y la Constitución Política); 3.) el control derivado, inevitablemente, de los datos ontológicos existentes; 4.) la coherencia o al menos diálogo con las investigaciones empíricas previas; 5.) el correcto uso del lenguaje; 6.) la conformidad del sistema con la política criminal internacional a nivel externo; 7.) el control lógico, axiológico y sistemático o de coherencia interna; y 8.) la conformidad del sistema con la política criminal internacional a nivel interno.
  
4. Finalmente, para que esta construcción pueda aspirar a la *validación* y la *cientificidad* será necesario que pase por dos escaños analíticos importantes<sup>75</sup>: *primero*, la falsación, entendida esta como la revisión del Esquema del Delito obtenido para determinar que NO haga parte de aquellos modelos absolutamente incorrectos o inaceptables desde el punto de vista de la comunidad científica; y *segundo*, el consenso el cual

---

73 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. Cit. Pág. 269 y ss.

74 Ídem, pág 275

75 Ídem, págs. 259-264

será entendido no “*como mera coincidencia fáctica de puntos de vista (que, como se ha señalado, puede haberse producido de las formas más diversas y más irracionales), sino el consenso auténticamente fundado – esto es, en definitiva, ante todo las razones y las valoraciones que se hallan detrás de las opiniones.*”<sup>76</sup> Ahora bien, en cuanto al marco argumentativo que haga válida la construcción del sistema, éste corresponderá al cumplimiento de los controles señalados y los niveles enunciados, materializando por último el proceso de valoración a través de casos difíciles en los que se pueda demostrar la coherencia interna del sistema, lo racional de sus premisas y la solución justa (razonable) de los supuestos fácticos.

## CAPÍTULO I

### **SIGNIFICADO, ALCANCE Y CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA. Perspectiva del modelo germánico-continental**

#### **1.1 SURGIMIENTO DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA**

##### **1.1.1 Orígenes**

Siguiendo al filósofo francés Paul Ricoeur en su artículo “*El concepto de Responsabilidad. Ensayo de análisis semántico*” es posible verificar que el origen del verbo *responder* (ya sea en su sentido “*responder por*” o “*responder a*”) se encuentra en el campo semántico del verbo *imputar*<sup>77</sup>. Justamente en el diccionario Robert, citado por Ricoeur, del año 1771 ya se definía la imputación asociándola al término de responsabilidad y de una forma muy similar a como posteriormente lo harían Larenz, Honig y Roxin en el mundo germánico pues según tal texto: “imputar un acto a alguien consiste en atribuírselo como su verdadero autor, ponerlo en su cuenta, por así decirlo, y responsabilizarlo por él.”<sup>78</sup> De esta definición son particularmente llamativas dos expresiones para la presente investigación: la primera de ellas es cómo desde tiempo atrás la *imputación* estaba íntimamente relacionada con la responsabilidad y la determinación del autor (jurídico o moral) del hecho, pues justamente hoy en día lo que la *imputación objetiva* busca es establecer las condiciones jurídicas

---

77 RICOEUR, Paul. Lo Justo. 1ª ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995. p. 41.

78 Ibid., p. 43.

que deben cumplirse para que una acción u omisión puedan atribuirse a una persona como “suyas”. Así mismo, es destacable la expresión “*ponerlo en su cuenta*” porque a partir de ella el juicio de imputación conllevaría, al igual que hoy en día, la evaluación de los méritos y desméritos para la determinación de una conducta como atribuible a alguien, pues como dice Ricoeur en un libro contable siempre vemos dos columnas: ingresos y egresos, debe y haber, de cuyo balance positivo o negativo se toma una decisión, lo que no distaría mucho del ejercicio de *imputación objetiva* que hoy en día se realiza pues para llegar a una conclusión definitiva en torno a tal aspecto se evalúan criterios positivos y negativos de carácter normativo gracias a los cuales es posible afirmar o negar la atribución jurídica del comportamiento.

Retrocediendo aún más, de la mano de Ricoeur, en la historia del verbo latino *imputare* se encontraría la interpretación que San Pablo hace de la fe de Abraham, cuando afirma lo siguiente: “Abraham creyó en Dios y se le tuvo en cuenta como justicia (Romano, 3:28; 4:3; 9:22; Gálatas, 3:6)”<sup>79</sup>. Por lo tanto, “la acción de imputar no está necesariamente asociada con la culpa, la acusación ni la falta. Lo confirma el uso teológico del término, según el cual los méritos de Cristo son atribuidos al hombre, puestos a cuenta del hombre”<sup>80</sup>. La historia del concepto imputación nos permite comprender que la formación del juicio completo de atribución objetiva, subjetiva y personal<sup>81</sup> debe conllevar necesariamente la inclusión de criterios positivos y negativos para su completa estructuración.

Sin embargo, en los ámbitos germánicos, aun cuando la palabra alemana “*Zurechnung*” que traduce “imputación”<sup>82</sup> sea rastreada en los trabajos de

---

79 Ibid, p. 44.

80 Ibid.

81 Los tres niveles de imputación (objetiva, subjetiva y personal) son delimitados conceptualmente por MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal. En: MIR PUIG, Santiago. Estado, pena y delito. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012. p. 377.

82 SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva. En: SCHÜNEMANN. Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal. Bogotá: Editorial Ibáñez & Universidad Santo Tomás, 2007. p. 26.

Samuel Pufendorf<sup>83</sup>, se considera que el verdadero antecedente de la moderna teoría de la imputación objetiva se encuentra en Hegel quien a partir del concepto de acción buscó delimitar qué parte de la multiplicidad de cursos causales que ocurrieran podía serle atribuida al sujeto como suya. Así pues, el filósofo alemán pretendió separar lo voluntario de lo meramente fortuito<sup>84</sup> y desde esa perspectiva distinguió dos tipos de consecuencias que pueden llegar a generar un comportamiento<sup>85</sup>: aquel efecto que produce una conducta como transformación del mundo exterior y aquellas consecuencias que *no se derivan de la acción u omisión iniciales* sino de la modificación que el comportamiento causó en el mundo exterior.

Quizás los antecedentes más remotos de esta teoría provengan de los trabajos de Larenz de 1927 y Honig de 1931. El primero de ellos consideró que a partir de Hegel era posible construir un sistema de imputación, teniendo como presupuestos fundamentales el *espíritu* y la *voluntad*<sup>86</sup>. Dicho sistema o juicio de imputación consistió básicamente en un razonamiento a través del cual se establecía si un determinado hecho pertenecía o no al sujeto como obra suya<sup>87</sup>,

83 Una mayor referencia en HRUSCHKA, Joachim. La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf. En: HRUSCHKA, J. Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación. Buenos Aires: Editorial B de F, 2009. p. 55. *"En este sentido se propone llamar a la imputación de un suceso o de una inactividad imputación ordinaria, cuando la persona en cuestión, en el momento decisivo, está en condiciones de evitar la producción del suceso o de realizar la acción en cuestión. En cambio, la imputación debe llamarse imputación extraordinaria, cuando en el momento decisivo la persona en cuestión no está en condiciones de evitar la producción del suceso o de realizar una acción en cuestión, pero puede reprochársele precisamente que se encuentre en esta situación de imposibilidad o incapacidad."*

84 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal, Parte General. Teoría del Delito y de la Pena. Vol 1. El delito. Visión positiva y negativa. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2012. p. 192.

85 El principio fundamental de la imputación objetiva, como bien lo pone de presente Yesid Reyes Alvarado es formulado por Hegel cuando afirma en los párrafos 115 al 118 de su *Filosofía del Derecho* que un suceso sólo puede atribuírsele a una persona si tal suceso puede llegar a ser considerado como algo suyo. En: REYES, Y. Imputación objetiva. Editorial Temis, Bogotá, 1996, p. 49. Así pues, "el derecho de la voluntad es sólo reconocer su propio acto, como acción propia y sólo ser culpable de lo que ella conoce que de sus presuposiciones hay en su fin; de aquello que de ellas estaba implícito en su propósito. El acto puede ser imputado sólo como culpa de la voluntad, como derecho del saber. (...) Las consecuencias, como la imagen que tiene por ánimo el fin de la acción, constituyen 'el suum' (lo inherente a la acción); pero, al mismo tiempo, la acción como fin ubicado en la exterioridad, es entregada a merced de las fuerzas externas, que vinculan a ella algo completamente distinto de lo que ella es por sí, y la arrastran a consecuencias lejanas, extrañas. Es, justamente, un derecho de la voluntad el imputar a sí solamente la primera cosa, porque ella sólo está en su propósito." HEGEL, Guillermo Federico. *Filosofía del derecho*. s.l.: Editorial Claridad, 1968, p. 120.

86 ROJAS, Luis Emilio. Lo subjetivo en el en el juicio de imputación objetiva: ¿Aporía teórica? En: Revista de Derecho. Julio, 2010. vol. 23. no. 1.

87 CANCIO, Manuel. Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva. Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, s.a. p. 31.

logrando a partir de ello diferenciar el hecho propio del acontecer fortuito. Esta delimitación podía lograrse mediante la *inclusión* de la voluntad en el respectivo juicio de carácter *teleológico* pues como ella tenía la capacidad de idearse fines y dirigir el curso causal hasta una específica meta, terminaba por dominar la naturaleza y convertía cada hecho en propio.

A diferencia de Larenz, Honig<sup>88</sup> desarrolla un concepto de imputación netamente dogmático y no filosófico, comenzando su análisis con la crisis que sufrían hasta ese momento las diversas teorías de la causalidad. Luego de ello, aseguró que adicional al de la causalidad debía existir un criterio desde el cual pudiera establecerse que un suceso empírico era obra de un sujeto frente a lo cual se refirió al concepto de *“posibilidad objetiva de perseguir un fin”* como criterio para determinar el nivel de dominabilidad del suceso causal.

De igual manera se considera que la *Teoría de la Adecuación Social* de Welzel es un importante antecedente de la imputación objetiva en cuanto trató con ella de limitar normativamente la excesiva ampliación del tipo penal argumentando que, con base en dicho principio hermenéutico y, hasta cierto punto, elemento implícito del juicio de tipicidad, “quedan también excluidas de los tipos penales las acciones socialmente adecuadas, aun en todos aquellos casos que pudieran ser subsumidas en ellos – por ejemplo, de acuerdo a criterios causales.”<sup>89</sup>

### 1.1.2 Significado, alcance y criterios de la teoría de la imputación objetiva de Roxin

*Contexto en el que surge la teoría de Roxin y crítica a las teorías causales de la época:* Tal y como se ha explicado en líneas precedentes, varios fueron los antecedentes de la denominada Teoría de la Imputación Objetiva; Hegel, Larenz, Honig e

---

88 Específicamente Honig afirmó que “el intervenir en los procesos de la naturaleza conforme a un fin configura la esencia de la conducta humana, al estar objetivamente teñido por un fin es el criterio para la imputabilidad de un resultado y, con ello, también para delimitarlo del suceso casual. Conforme a ello, es imputable aquel resultado que puede ser concebido como propuesto como fin.”

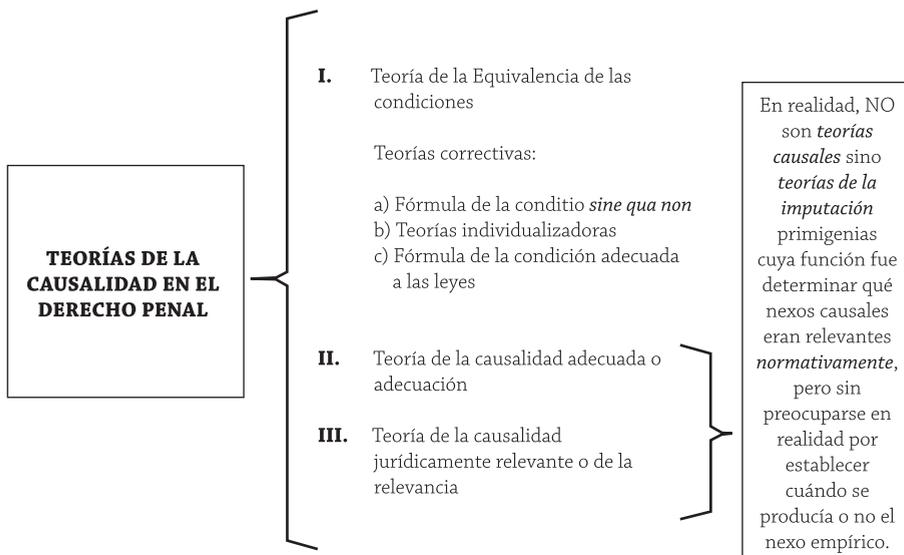
HONIG, R. Causalidad e imputación objetiva, en Sancinetti, M. A. (coord.) Causalidad, riesgo e imputación. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2009. p. 116.

89 WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Chile, 1980. p. 85.

inclusive Welzel. Sin embargo, todos ellos orientaron la construcción de dicha línea ideológica más por el aspecto naturalístico u ontológico de la causalidad, en aras de construir un ordenamiento de derecho penal “cerrado en sí mismo” y “conceptualmente perfecto”<sup>90</sup> sin darle lugar a la indagación metajurídica que podría efectuarse desde los diferentes aspectos de la política criminal. Este tipo de razonamientos hacía que los doctrinantes dejaran de lado los valores, principios y nociones que la Constitución Política propugnaba en la sociedad de turno, abandonándose inclusive el estandarte de la justicia y la dignidad humana cuando llegaba la hora de darle solución a los casos concretos.

Además, al margen de todo lo descrito, se vivía la desazón, insatisfacción e insuficiencia de la teoría causal para la atribución de un resultado típico, puesto que con la mera causalidad no se podía decir *ipso facto* ni *ipso iure* que la conducta había realizado el tipo penal correspondiente. Para dicha época las teorías causales que estaban en boga eran las siguientes:

**Gráfica 1. Teorías de la causalidad en el derecho penal**



Fuente: propia.

90 MARTÍNEZ, Margarita; MARTÍN, María y MARISCAL DE GANTE, Margarita. Derecho penal. Introducción jurídica del delito. Madrid, 2012. p. 31.

Sin embargo, todas ellas presentaban múltiples deficiencias entre las que pueden señalarse:

- Respecto a la *Teoría de la Equivalencia de las Condiciones* bajo la perspectiva que le otorgó la fórmula de la *conditio sine qua non*<sup>91</sup> se evidenciaron los siguientes defectos: (1) conservaba el defecto del *regressus ad infinitum*<sup>92</sup>; (2) en los delitos cualificados por el resultado la teoría conducía, como dice Jescheck y Weigend, a ciertas “iniquidades”<sup>93</sup> pues conductas de muy poca relevancia o connotación traían consigo graves consecuencias. Estos autores brindan dos ejemplos: la ceguera causada por una simple bofetada [RG 5, 29] y la muerte de un hemofílico por medio de una pedrada [RG 54, 349] pues según esta teoría en ambos casos habría causalidad; (3) era absolutamente inútil para determinar la causalidad en aquellos casos en que se desconoce materialmente la efectividad del hecho en la producción del resultado. Uno de los casos más citados y conocidos por la doctrina penal es el de Contergan; un sedante compuesto básicamente de talidomida y distribuido en Alemania durante los años 1960-1962 cuyo consumo en mujeres embarazadas generó al parecer malformaciones a los fetos<sup>94</sup>. Sin embargo, “no sirve de nada suprimir mentalmente el consumo del somnífero y preguntar si en tal caso habría desaparecido el resultado; pues a esa pregunta sólo se puede responder si se sabe si el somnífero es causal o no respecto de las malformaciones, pero si eso se sabe, la pregunta está de más.”<sup>95</sup> Por lo tanto, si se desconoce la causa la fórmula es ineficaz, y si se sabe cuál es la condición determinante del resultado, entonces termina

---

91 Formulación de la teoría: *una acción es causa de un resultado sí, suprimida mentalmente su realización, éste no se hubiera producido. Y respecto a la omisión: una omisión será causa del resultado sí, supuesta mentalmente la realización de la acción omitida, aquél hubiera sido evitado.*

92 Pues al no establecer un límite en la determinación de la causa de cada asesinato, vendría a constituirse como condición del resultado mortal y por lo tanto como un evento susceptible de enjuiciamiento, hasta el propio acto mediante el cual los padres del homicida lo concibieron, haciéndose necesario seguir retrocediendo hasta llegar a los primeros homínidos que habitaron el planeta tierra, e inclusive examinar el origen mismo de los tiempos pues en últimas cada evento sería una causa y la primera causa de todo, hasta ahora conocida y teóricamente más aceptada, que debiera también estudiarse lo constituiría el Big Bang.

93 JESCHECK, Hans- Heinrich y WEIGEND, Thomas. Tratado de derecho penal. Parte General. Granada: Editorial Comares, 2014. p. 302

94 Un completo estudio del caso en: SANCHEZ-OSTIZ, Pablo. Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal. España: La Ley – Actualidad, 2011. p. 207 y ss.

95 ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general. Tomo I. 1ª ed. Madrid: Civitas, S.A. p. 350.

ésta por ser tautológica. Esto es lo que se conoce como la falacia de petición de principio según la cual, se construye un argumento presuponiendo demostrada, sin ser así, una o varias de las premisas acompañantes de la conclusión<sup>96</sup>; (4) La *conditio sine qua non* induce a errores político-criminales en los eventos de causalidad hipotética pues hace generar una especie de ausencia de responsabilidad ante eventos en los cuales existe un “autor hipotéticamente sustituto” que convierte en inevitable el resultado, piénsese por ejemplo, en aquellos eventos en los que “A” observa cómo el verdugo “C” va a accionar la manilla de la silla eléctrica que le causará la muerte a “B”, el asesino de su hijo, y en ese momento se levanta empuja a “C” y le dispara 6 veces a “B”. En casos como estos, la *conditio sine qua non* si desea ser coherente tendría que negar la causalidad y por ende toda responsabilidad, lo que sin lugar a dudas es incorrecto; (5) Así mismo, la causalidad hipotética conduce a errores de lógica en los eventos de *causalidad alternativa*. Claus Roxin<sup>97</sup> pone como ejemplo el caso de A y B quienes, de forma independiente, pero concurrente, colocan veneno en la taza de café de C falleciendo al instante. En situaciones como ésta, si se suprime mentalmente la acción de A o la B no desaparece el resultado, por lo que debería negarse la presencia de causalidad y en consecuencia absolverse a los procesados. No obstante, tal solución es completamente descabellada reflejándose únicamente con tal conclusión lo inútil de la *conditio sine qua non*; y (6) Santiago Mir Puig<sup>98</sup> señala también, que fracasa la fórmula de la *conditio sine qua non* en las hipótesis de *causalidad cumulativa*; esto es, aquellos eventos en que se presentan varias condiciones concurrentes que por sí solas tienen la fuerza para producir el resultado. Pensemos en el caso de “A” que apuñala 40 veces en el corazón a “B”. Evidentemente, habría que negar la causalidad de cualquiera de esos 40 actos, porque suprimido mentalmente alguno de ellos la consecuencia mortal no desaparecería, pero de nuevo tal conclusión es inadmisibles.

---

96 COPI, Irving. y COHEN, Carl. Introducción a la Lógica. 2ª ed. México: Limusa, 2013. p. 183 y ss.

97 ROXIN. Op. cit, p., 350.

98 MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, Parte General. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011. p. 250.

- La *Teoría de la Equivalencia de las Condiciones* bajo la perspectiva de la *fórmula de la condición adecuada a las leyes*<sup>99</sup> fracasó igualmente porque: (1) en últimas nada dijo sobre la causalidad y la determinación de lo que es una “causa” pues dejó todo en manos de los peritos para que ellos dijeran finalmente si hubo o no el mencionado vínculo natural, convirtiendo a los expertos en jueces y no en testigos expertos; (2) convirtió un elemento de teoría del delito en un concepto procesal de índole meramente probatorio, olvidando que el tema de prueba surge en nuestra rama del derecho de la comprobación de unos requisitos que integran y configuran la conducta punible, por lo que previamente debe saberse qué se entenderá por causa para luego si verificar en el mundo real si lo ocurrido encaja o no la descripción dogmática o legal; y (3) En los casos en que no existe una ley de la causalidad natural o se ha podido llegar a un acuerdo por la comunidad científica podría traer la desagradable consecuencia de la impunidad; verbigracia, el caso Contergan o el del aceite de colza<sup>100</sup>.
- En lo relativo a las *Teorías Individualizadoras*<sup>101</sup> como bien se sabe nunca lograron imponerse en la ciencia penal entre otras razones porque la investigación de una causa eficiente implicaba servirse exclusivamente de criterios propios de las ciencias naturales que no resultaban transportables

---

99 Formulación de la teoría: Ante el fracaso conceptual y práctico de la *conditio sine qua non* surgió como nuevo correctivo de la *teoría de la equivalencia de las condiciones* la denominada *fórmula de las condiciones adecuadas a las leyes* propuesta en 1931 por Karl Engisch y actualizada en su versión hoy dominante por Jescheck, quien la enuncia así: habrá causalidad, “si las modificaciones en el mundo exterior temporalmente consecutivas a una acción y conectadas con ella, aparecen como consecuencias que estuvieron vinculadas a la acción de modo necesario según las leyes de la naturaleza que nos son conocidas, presentándose de este modo un resultado típico.” (JESCHECK y WEIGEND. Tratado de derecho penal. Parte General. Op. cit., p.303.) Ahora bien, ¿qué se entiende por una ley causal natural? Según Bacigalupo esto implica que existe una regularidad convertida en axioma a partir de una comprobación estadísticamente representativa de casos (Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999. p. 259).

100 Este caso consistió en lo siguiente: “comenzaron a aparecer lesiones y muertes y se estableció que todas las personas lesionadas o fallecidas habían consumido aceite de Colza. Para probarlo, sin embargo, era preciso conocer la ley natural que rige el curso causal del suceso, pero para eso se necesitaba experimentar el aceite en una persona sana; eso por supuesto, no se puede hacer y, por tanto, no es posible demostrar científicamente la ley natural causal que rige el suceso.”

TORRES, Filemón. Manual de Derecho Penal. Bogotá: Editorial Universidad Santo Tomás, 2011. p. 303.

101 Estas pretendieron seleccionar para cada caso concreto como causa un factor determinante en la producción del resultado para asignar al resto de “condiciones” simples circunstancias acompañantes.

al Derecho Penal<sup>102</sup> por la dudosa viabilidad que ello representaba en el plano ontológica y en general la notable imprecisión de las mismas.

- La *Teoría de la Causalidad Adecuada o Adecuación*<sup>103</sup> tuvo como puntos de quiebre los siguientes: (1) aun cuando se creó con el propósito de explicar un fenómeno de índole naturalista, lo cierto es que terminó haciendo otra cosa, y por ello es que se afirma que la misma *no es una teoría causal* sino un *sistema de imputación* o una *teoría de imputación normativa*, dado que los supuestos criterios de determinación del nexo causal en realidad no son más que juicios de valor normativo, hechos para establecer cuándo un resultado pertenece o no jurídicamente a una persona; (2) únicamente es útil para solucionar los denominados cursos causales extraordinarios, insólitos o extravagantes como el de la persona hemofílica que muere por una bofetada, dejando sin criterios de solución correctos a la demás constelación de eventos; (3) También la *causalidad adecuada* fracasa como teoría de la imputación puesto que si se utilizan siempre sus criterios de atribución en cada hipótesis delictiva investigada, muchos casos serían irresolubles o solucionados de forma incorrecta. Así, por ejemplo, si se emplea la *probabilidad* como criterio determinante para establecer la causalidad en casos no habituales, ésta tendría que negarse en casos aquellos como en los que “A” suministra dolosamente a “B” leche en su postre favorito con la esperanza de que sea una de las personas que pertenece al 0.5 % por ciento de seres humanos mortalmente alérgica a tal bebida, acaeciendo efectivamente el trágico resultado. Según la lógica de esta teoría, la conducta de “A” quedaría impune por cuanto desde la prognosis objetiva-posterior era muy improbable que esa persona hiciera parte de ese minúsculo grupo de individuos; (4) Así mismo no se establece con criterio fiel y seguro cómo ha de entenderse la palabra *probabilidad*. ¿Más de un 50%, más de 90%, no inferior a 70%? No se sabe, por lo que en últimas lo que pretendía ser *objetivo* termina por ser bastante subjetivo y hasta arbitrario;

---

102 MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994. p. 314.

103 Formulación de la teoría: Sólo serán causas aquellas condiciones que para un espectador objetivo y prudente retrotraído al momento de la acción fuese adecuadas o aptas para producir el resultado, “acorde con la experiencia general de vida humana”. OTTO, Harro. Manual de Derecho Penal. Teoría general del Derecho Penal. Barcelona: Atelier, 2017. p. 107.

y (5) Finalmente es dudoso que la falta de probabilidad en ciertos casos sustente la ausencia de responsabilidad de una persona. Por ejemplo<sup>104</sup>: si se afirmara que un inexperto en armas toma un revólver calibre 38 cuyo alcance efectivo en línea recta es de 800 m, tiene cañón corto, y dispara a una persona con el ánimo de matarla a una distancia 3000 metros, donde ni siquiera un tirador experto acertaría y además donde sería poco probable que la bala de ese tipo de arma alcanzara a llegar, se tendría una posibilidad de asesinar efectivamente a una persona menor al 1%. Sin embargo, si se lograra matar y se aplica esta teoría, habría que negar la causalidad del tirador y en consecuencia absolver al homicida, pese a lo absurdo del resultado. No obstante, aún se puede complejizar más el asunto y mostrar lo ineficaz de esta teoría formulándose el siguiente interrogante: ¿cómo se podría justificar con la *causalidad adecuada*, condenar al tirador pero no al sobrino malvado que envía al tío rico a tomar unas manzanas del árbol con la esperanza de que caiga un rayo que lo impacte y le de muerte a su ascendiente, si físicamente se estableciera una probabilidad idéntica o aun mayor de que algo así ocurriera respecto a la posibilidad de que el inexperto tirador acertara en la víctima? Sería imposible, pues para la coherencia de esta teoría ambos tendrían que ser absueltos, pero una solución de esa índole sería jurídicamente inaceptable.

- La *Teoría de la Causalidad Jurídicamente Relevante* es criticable (1) porque no fue una verdadera teoría del nexo causal empírico dado que se valió por completo de la teoría de la equivalencia de las condiciones para establecer la causalidad naturalística de los casos y (2) porque terminó siendo una teoría de la imputación objetiva “a medias” que no logró establecer criterios normativos de atribución claros a partir de los cuales fuese posible determinar el nexo jurídico entre la acción y el resultado enjuiciado.

En ese contexto histórico-penal, surge Claus Roxin con su Teoría de la Imputación al Tipo Objetivo en el año de 1970, al publicar, en el libro Homenaje a Honig, un artículo llamado “*Reflexiones sobre la problemática de la Imputación en el Derecho penal*”, en el cual planteó el remplazo de la causalidad

---

104 Muy similar lo relatado al caso Thyren analizado por MARTÍNEZ, Margarita. La imputación objetiva del resultado. Madrid: Edersa, 1992. p. 108.

por la ya mencionada teoría normativa, estableciendo la vinculación de ésta con el criterio general de realización de un peligro no permitido dentro del ámbito de protección de la norma. Valga por ello decir que debemos al referido opúsculo académico el nacimiento de una discusión febril cuyo desarrollo no ha parado hasta el día de hoy, concibiéndose tantas teorías al respecto como teóricos penales puedan existir, lo que ha creado sin duda un peligroso paralelismo doctrinal, una incesante confusión de conceptos y la imposibilidad de su pragmatización.

No obstante, es importante precisar que, con el nacimiento de la Imputación Objetiva como un elemento del tipo penal, Roxin no pretendió eliminar la causalidad, sino que la edificó como un complemento de ella ante la insuficiencia que para efectos de comprobar la responsabilidad representaba la sola determinación del nexo causal en sede de la tipicidad objetiva.

- a. *Significado de la imputación objetiva en Roxin*: Esta teoría<sup>105</sup> es denominada por el profesor alemán como “Imputación al Tipo Objetivo”, porque su función es la atribución o adscripción de un resultado al tipo penal objetivo cuando se ha realizado un peligro no permitido dentro de la finalidad de salvaguarda, amparo y protección de la norma. Se podría decir, pues, que la imputación objetiva pretende saber en qué eventos una causación se ha materializado realmente en una acción típica.
- b. *Alcance de la imputación objetiva en Roxin*: La teoría de la “Imputación al Tipo Objetivo” es un problema exclusivamente de la parte general, que fue concebida para los tipos penales que precisan de un resultado, sin importar que su perspectiva subjetiva sea dolosa o culposa, quedando por ende excluida para los delitos llamados tradicionalmente como de

---

105 Esta temática fue trabajada ampliamente por el autor de la presente investigación en los siguientes textos cuyas consideraciones, parcialmente, se transcriben: Silva Reyes, Andres, Barajas Conde, Diego Javier y Peláez Mejía, José María. Significado, Alcance Y Criterios De Imputacion Objetiva: Una Vision Desde La Filosofía Del Derecho Y El Estado Social De Derecho. Recuperable en: <http://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/9516>; y en BARAJAS CONDE, Diego; PELÁEZ MEJÍA, José M. y SILVA REYES, Andrés. Significado, Alcance y Criterios de Imputación Objetiva. Estado de la cuestión doctrinal y jurisprudencial. Cúcuta: Editorial del Centro Seccional de Investigaciones de la Universidad Libre. Por lo tanto los literales b), c) y d) corresponden a partes de dichos textos.

mera conducta o mera actividad puesto que en ellos la “imputación al tipo objetivo se agota en la subsunción en los elementos del tipo respectivo que hay que tratar en la parte especial”.<sup>106</sup>

Sin embargo, dicha perspectiva no puede ser compartida en absoluto ya que la “creación de un riesgo jurídicamente desaprobado” como un elemento de la imputación objetiva es a su vez un ingrediente de la totalidad de la teoría del delito y por ende resultaría incorrecto excluir el análisis de la atribución normativa de conductas en tratándose de delitos de mera conducta. Al respecto se ha dicho que:

“En un sentido más amplio, actuales concepciones jurídico-penales refieren la categoría y los criterios de la imputación objetiva también a la conducta, y ya no solamente a los resultados lesivos (así muy claramente Jakobs, Cancio Meliá y Reyes Alvarado). Y, por cierto, si los delitos de mera conducta también han de satisfacer en concreto las exigencias del principio de lesividad, también ellos han de crear un riesgo efectivo y éste concretarse en la ofensa al bien jurídico, de modo que también en esos delitos hay imputación objetiva como requerimiento de tipicidad. Pero todos los expositores del derecho penal están de acuerdo en que las cuestiones de imputación objetiva no prejuzgan en absoluto las de imputación subjetiva (que se fundan ante todo en el dolo y la imprudencia).”<sup>107</sup>

- c. *Criterios de imputación objetiva en Roxin*: Los 3 niveles de imputación que se enunciarán a continuación resuelven, en criterio de Roxin, los problemas tradicionales que acarrea inherentemente la causalidad, significando ello que dicha categoría científico-natural o lógica termina siendo tan sólo el límite o confín extremo de la posible imputación, en tanto que los principios de atribución objetiva se convierten en la esencia interpretativa de los comportamientos humanos, cumpliendo la función básica de determinar el significado típico o no de dichos comportamientos.

---

106 ROXIN. Op. cit., p. 345.

107 FERNÁNDEZ, Juan. Derecho Penal, Parte General, Vol I. s.l.; Editorial Ibáñez, 2012. p. 174.

- I. *Creación de un riesgo no permitido (CRJD)*: “Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto”<sup>108</sup> Entonces será necesario, para que se pueda satisfacer las exigencias de este nivel inicial, que se cree un riesgo no permitido, desaprobado o en general no tolerado por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, para la determinación de este criterio le agrega unos *topoi* interpretativos que permiten saber cuándo se ha creado efectivamente un riesgo jurídicamente desaprobado y cuándo no.

Para poder determinar cuándo se encuentra satisfecho este nivel, se debe tener en cuenta una serie de *pautas explicativas o interpretativas* tales como:

1. No hay CRJD en casos de *Disminución de Riesgo*: El derecho penal no puede vetar conductas que optimicen la situación del bien jurídico. Partiendo de este postulado, falta la CRJD cuando el individuo modifica el desarrollo causal, de tal forma que reduce el peligro *ya existente* para la víctima y se mejora el objeto de la acción. Ej: El médico, con el propósito de salvarle la vida al paciente, procede a amputarle la pierna para detener la propagación de la enfermedad. Para efectos de cumplir con esta condición se requiere: (1) que se trate de un mismo bien jurídico, y que su titularidad corresponda a un solo individuo; y (2) que no se trate de un mero intercambio de peligros.

Otros ejemplos podrían ser: “A” desvía un cuchillo que se dirige mortalmente hasta el pecho de “B” impactando en una pierna y causándole únicamente unas lesiones cuya incapacidad no supera los 15 días. Igualmente, en un caso de hurto no podría imputársele al señor “A” la realización de dicho tipo penal como determinador si ocurriera lo siguiente: “B” quiere hurtar un millón dólares de un banco y aun cuando “A” intenta disuadirlo para que no lo haga es imposible lograr tal cometido, por lo cual decide entonces inducirlo a que la cantidad que hurte no sea tan grande sino tan solo de 50.000 dólares lo que

efectivamente lleva a cabo “B”. En este caso, “A” no podría responder como determinador ni cómplice de “B” porque en última su actuar habría disminuido el riesgo impidiéndose así la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado*.

2. No hay CRJD en ausencia de un *peligro jurídicamente relevante*: Así pues, no se originará dicho peligro en los siguientes casos: (1) *Casos inocuos*: Cuando la conducta determinada *ex ante* (esto es, en el instante en el que se realiza la misma) no supone básicamente y por sí sola una amenaza para el bien jurídico (indistintamente de su apreciación *ex post*; es decir, al suceder el resultado). Ejemplos: Cuando “A” envía a “B” de paseo al río con la expectativa de que la corriente de éste lo arrastre. También sería viable considerar aquí el anuncio que un profesor hace de una clase, lo cual conlleva a que un estudiante se desplace desde su casa hasta la Universidad sufriendo un accidente de tránsito de camino al claustro de estudio. En el tan pluricitado caso de aquel hombre que envía a otro al bosque un día de tormenta con la esperanza de que este muera alcanzado por un rayo, y efectivamente ello ocurre, no se podría hablar de delito alguno porque no se crearía un peligro jurídicamente relevante. Como se sabe el hecho de enviar a alguien a un bosque en realidad no engendra un riesgo desautorizado por el ordenamiento jurídico. Así que la impunidad estaría presente por la falta de este criterio y no por la falta de adecuación social, si se citara al primer Welzel (1939), o la ausencia del dolo, si se tomara en consideración la última etapa del pensamiento del profesor alemán. (2) *Casos de adecuación social*: Se trata de aquellas conductas peligrosas, pero socialmente adecuadas por encontrarse dentro del orden históricamente constituido. Son riesgos aceptados socialmente. Ejemplo: El propietario de un hostel en Serbia suministró en exceso bebidas alcohólicas a un comerciante que se encontraba hospedado allí hace un tiempo. Como consecuencia, el comerciante quedó incapacitado para conducir. Posteriormente, al emprender su viaje, el comerciante remonta su automotor en la acera y arrolla a un transeúnte ocasionándole el deceso. Y (3) *casos de insignificancia*: Son aquellas actuaciones que no aumentan de forma mensurable un peligro ya real. Ejemplo: “A” se está desangrando por una herida en la aorta y luego “B” procede a pincharlo con una aguja.

3. En tratándose de los *Cursos Causales Hipotéticos* Roxin explica que sobre este punto existe mucha divergencia teórica, pero que al menos en un caso hay unanimidad de resolución, siendo dicho evento el siguiente: no habrá exclusión de la imputación al tipo objetivo cuando la conducta lesiva del bien jurídico tutelado se produzca bajo la justificación de que ya existía un autor sustituto dispuesto a llevar a cabo la misma conducta; vgr. no podría argumentar falta de creación de un riesgo no permitido y la consecuente supresión de la imputación, quien matara a otra persona por el hecho de hallarse condenado a muerte dentro de unos días. En este punto del análisis podrá hablarse en cambio de exclusión de la atribución objetiva cuando el autor únicamente varía una causalidad natural sin que haya desmejoramiento de la situación de la víctima en su conjunto: es el caso del tren que caerá en el precipicio vaya por el carril que vaya, donde un sujeto cambia las agujas desviándolo desde la vía derecha hacia la izquierda. No obstante, habrá que tener en cuenta en el presente subnivel las siguientes reglas de aplicación:
- *Principio de asunción*: Según este principio la imputación de una realización antijurídica del tipo *no podrá excluirse* por el mero hecho de que existiera un autor sustituto dispuesto a asumir la situación lesiva del bien jurídicamente tutelado, en caso de que el autor inicial fallara en su cometido. Así mismo, es importante resaltar que este principio de interpretación del acto opera sin importar que el autor sustituto vaya a llevar a cabo una conducta antijurídica o jurídica, por cuanto el punto determinante es que el sujeto activo inicial está creando un riesgo jurídicamente desaprobado y la asunción de manera alguna le quita tal característica a su comportamiento.
  - *Regla de la imperturbabilidad del riesgo*: La imputación será excluida cuando el autor únicamente modifique una causalidad natural, sin empeorar la situación de la víctima en su conjunto.
  - *Principio de intensificación*: No podrá ser excluida la imputación de una realización antijurídica cuando la modificación de la causalidad natural aumente el daño o anticipe su consecución en el tiempo; es decir, intensifique el riesgo. Por ejemplo, en el caso del desvío del

tren del carril derecho al izquierdo, se debería afirmar la CRJD si el carril izquierdo tuviera una distancia hacia al abismo mucho más pequeña que la del derecho pues se habría intensificado el riesgo de daño creado inicialmente por la causalidad natural.

- *Principio de sustitución:* No podrá tampoco ser excluida la imputación cuando más allá de ser modificada la causalidad natural, sea esta sustituida por una acción autónoma. Esto además encuentra apoyo en el principio de que los daños a bienes jurídicos son punibles si no existe causal de justificación que los permita. Piénsese en aquellos casos en los cuales “A” observa que una avalancha está próxima a caer sobre “B” y decide por ello tomar su rifle y dispararle acabando con la vida de “B” de forma inmediata.

En conclusión, y frente a la creación de peligros y cursos causales hipotéticos no habrá exclusión de la imputación por la mera existencia de un autor sustituto que hubiese asumido la creación de un riesgo de manera jurídica o antijurídica (principio de asunción) o cuando se presente el canje de una causalidad natural por una actuación humana (principio de sustitución), debiéndose sí eliminar dicha imputación cuando la causalidad natural sólo sea modificada sin empeoramiento del riesgo (principio de imperturbabilidad del riesgo), a menos que este último sea aumentado (principio de intensificación).

4. No se da la CRJD en los casos de *riesgo permitido*. En cambio, *superar el riesgo permitido* (es decir, ir más allá de sus límites) trae como consecuencia la CRJD. El maestro alemán entiende por riesgo permitido “una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo.”<sup>109</sup> Como ejemplos tenemos muchísimos y la vida diaria se va encargando de mostrárnoslos: el tráfico automovilístico, las líneas aéreas, los deportes extremos,

el tráfico fluvial, el manejo de plantas nucleares, etc. Entonces la producción de un resultado lesivo con ocasión de riesgos permitidos excluye de entrada la imputación, porque *ex ante* dichos peligros fueron autorizados por el legislador luego de haber ponderado globalmente la necesidad y beneficios que traería la ejecución de los mismos. No obstante, en la realización de dichos riesgos, se deben cumplir con ciertas premisas básicas que constituyen la esencia normativa de su permisión como lo serían la *lex artis* – en el caso de la medicina –, las normas de tránsito – en el tráfico automovilístico – o los protocolos de revisión mecánica en cuanto a aviones se refiera, etc. Porque sin el acatamiento riguroso de estas reglas podría incurrirse en aumento del riesgo permitido o en la realización de un peligro prohibido de similares características al autorizado, pero que en todo caso daría luz verde para la imputación del resultado al tipo penal que sea pertinente.

Es fundamental así mismo tener en cuenta, que a diferencia del estado de necesidad (en la perspectiva de ROXIN, la cual no se comparte) en el riesgo permitido no se requiere de una ponderación o balanceo de intereses en el caso concreto que pueda llevar a diversos resultados según el peso específico de cada interés en conflicto. Lo fundamental entonces para la exclusión de la imputación será que haya un mantenimiento por parte del autor de su comportamiento dentro del ámbito de lo que se considera permitido. En ese orden de ideas, también será atípica la provocación de cursos causales lesivos de bienes jurídicos que pertenezcan a la órbita de situaciones riesgosas permitidas, por cuanto precisamente faltará la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

Igualmente, como parte del *riesgo permitido* o *lícito* Roxin incluye el principio de confianza arguyendo que “todo el mundo puede confiar en la conducta impune de los demás, en tanto que circunstancias concretas no hagan parecer infundada esa confianza”.<sup>110</sup>

---

110 ROXIN, Claus. Causalidad e Imputación Objetiva. En: ROXIN, C. Estudios de Derecho Penal. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica. p. 68.

- II. Realización del riesgo no permitido (RRR): “Si el resultado se presenta como realización de un peligro creado por el autor, por regla general es imputable, de modo que se cumple el tipo objetivo.”<sup>111</sup> Por tanto, en este nivel de imputación lo que concierne es la concretización real del peligro no permitido que ha sido edificado por el autor.

Para poder establecer cuándo se encuentra cumplido este nivel, se hace preciso considerar las siguientes *pautas interpretativas*:

1. No se da la RRR cuando el peligro NO se consuma en el resultado. Lo anterior sucederá cuando el resultado no se pueda catalogar como el producto de ese peligro, sino de un peligro diferente, por ejemplo, cuando “A” dispara con arma de fuego a “B”, pero “B” no fallece como consecuencia de dicho peligro sino a raíz de ser atropellado por un automóvil de camino al hospital, situación ante la cual la atribución de responsabilidad se realizará únicamente por homicidio en grado de tentativa.

Sin embargo, no toda desviación del curso causal inicial conlleva la *falta de RRR* puesto que si la desviación estaba desde un principio dentro del margen de lo posible y previsible se considerará que sí se habrá RRR. Así, por ejemplo, cuando “A” lanza a “B”, que no sabe nadar, al río para que éste muera ahogado y, pese a tal circunstancia, fallece desnucado por el choque de su cráneo con una roca que cubría el agua tendrá que afirmarse la RRR. Casos similares al reseñado son frecuentes en la jurisprudencia (alemana): (1) “A” intenta asesinar a “B” con hachazos, pero éste muere como consecuencia, no directamente de las lesiones causadas, sino de la infección que ellas le produjeron; (2) “A” golpea mortalmente a “B”. No obstante, muere ahogado por su propio vómito producido por los golpes y no como producto directo de las lesiones.

2. No hay RRR cuando el riesgo no permitido (esto es, la superación del riesgo permitido) NO se materializa en el resultado. La transgresión del riesgo

permitido debe haber influido en forma concreta en la ocurrencia del resultado.

A diferencia del anterior punto aquí la clave de la exclusión no está en la falta de realización del peligro, sino en la superación del riesgo permitido y como efecto directo de ese exceso, su concreción en un resultado lesivo para bienes jurídicos. Así que, si no hay realización de dicho riesgo, simplemente no se puede hablar de imputación. Otros aspectos que se tienen en cuenta dentro de este punto de delimitación atributiva son:

- El fin de las normas que delimitan los ámbitos del riesgo permitido, básicamente para establecer si hubo incremento del peligro o no.
- La casualidad como factor determinante en la lesión y por lo tanto en la realización de un riesgo prohibido.
- La prohibición contenida en el principio de igualdad según la cual, si el curso de los hechos coincide totalmente con el que se hubiera producido manteniéndose dentro del riesgo permitido, tampoco se puede manejar de modo distinto la imputación de su resultado. El ejemplo que nos trae acá Roxin es siguiente:

“El director de una fábrica de pinceles suministra a sus trabajadoras pelos de cabra china para su elaboración, sin desinfectarlos previamente como estaba prescrito. Cuando trabajadoras se infectan con bacilos de carbunco y mueren. Una investigación posterior da como resultado que el desinfectante prescrito hubiera sido ineficaz contra ese bacilo, no conocido hasta ese momento en Europa.” <sup>112</sup>

En dicho caso se excluiría la imputación al tipo penal por falta de realización del riesgo no permitido.

En conclusión, se excluirá la imputación por falta de realización del riesgo no permitido, cuando en el resultado no repercutió la superación de dicho riesgo permitido; cuando a pesar de ser causal no aumentó el peligro de producción del resultado; en definitiva, cuando la superación del mismo generó un curso causal atípico (Vgr. La muerte producida por el infarto que le generó la impresión del adelantamiento prohibido llevada a cabo por un conductor de motocicleta)

3. No se da la RRR si *el resultado no está amparado por la finalidad de protección y tutela de la norma de cuidado transgredida*. Se basa en el principio de que las normas de cuidado que se han establecido con el objeto de mantener al ciudadano dentro del marco del peligro socialmente aceptado, no intentan impedir cualquier tipo de resultados; Su fin, consiste en evitar resultados específicos. Por consiguiente, si el perjuicio ocasionado no es de los que la norma de cuidado pretendía prevenir, no le es imputable al sujeto. A manera de ilustración, se tiene el ejemplo de los ciclistas que marchan de noche uno tras de otro sin iluminación alguna en sus bicicletas, chocando como consecuencia de ello. Al respecto Roxin dice que no tiene sentido la imputación del resultado porque el “fin del precepto que impone la iluminación consiste en evitar accidentes que procedan directamente de la propia bicicleta, pero no en que se ilumine a otras bicicletas y se eviten sus choques con terceros”<sup>113</sup>.

Otro ejemplo en el que también faltaría la RRR sería el del dentista que extrae las cordales de una paciente con anestesia general quien muere por un fallo cardiaco, a pesar de que ella le había manifestado sentir “algo en el corazón” y haberse omitido la realización del examen con el internista como lo exigía el deber de cuidado, pues dicha auscultación, dado lo raro de la patología, tampoco la hubiese detectado y en todo caso con tal procedimiento tan solo se habría prolongado unos días la

---

113 Ibid., p. 378.

vida de la paciente, sin que el examen hubiera evitado finalmente su muerte.

4. En los casos de *conductas alternativas conforme a derecho* obra la *teoría del incremento del riesgo* la cual señala que sí habrá RRR cuando el comportamiento contrario a la norma de cuidado incrementó el peligro de producción de un resultado.

El ejemplo que Roxin da en este punto es el siguiente:

“el conductor de un camión quiere adelantar a un ciclista, pero al hacerlo no guarda la distancia de separación lateral requerida, por acercarse a unos 75 cm del mismo. Durante el adelantamiento el ciclista, que iba fuertemente bebido, gira la bicicleta a la izquierda por una reacción de cortocircuito provocada por el alcohol y cae bajo las ruedas traseras del remolque. Se comprueba que probablemente (variante: posiblemente) el accidente también se habría producido aunque se hubiera guardado una distancia de separación lateral suficiente según las normas de tráfico.”<sup>114</sup>

No existe ninguna discusión en la doctrina actual<sup>115</sup> a la hora de excluir la imputación del autor respecto a aquellos eventos en los cuales con toda seguridad la conducta alternativa a derecho hubiese conducido al mismo resultado que la conducta superadora del riesgo permitido, porque entonces dicho riesgo no se habrá realizado en el resultado. Sin embargo, cuando desaparece esa **“seguridad”** y existe en cambio apenas una **“posibilidad”**<sup>116</sup> de que en realidad la conducta alternativa a derecho hubiera de alguna manera variado el resultado, Roxin resuelve

114 Ibid., p. 379.

115 Ibid., p. 379.

116 Teniendo en cuenta que Roxin no establece una diferenciación conceptual entre “seguridad” y “posibilidad”, podría partirse de la distinción lingüística de tales significantes. Para tales efectos se tendría lo siguiente (*se toma como fuente el Diccionario de la Real Academia Española*):  
 SEGURIDAD: 2. f. certeza (El conocimiento seguro y claro de algo).  
 POSIBILIDAD: Posible.1. adj. Que puede ser o suceder.

tales situaciones problemáticas a partir su teoría del “incremento del riesgo”, explicándonos en el caso de los ciclistas que “el límite máximo de riesgo tolerable lo traza la distancia legal de separación lateral. Y todo incremento de ese riesgo hace recaer las consecuencias sobre al autor”<sup>117</sup>.

Así mismo es necesario diferenciar en este punto los casos de conducta alternativa conforme a derecho de los cursos causales hipotéticos, partiendo de la referencia que en los segundos no se evalúa una causalidad ya predispuesta realmente (como en los primeros), sino una causalidad hipotética (no actual) que ha sido ideada y construida para llevar a cabo un ejercicio comparativo.

Por lo tanto y de manera sintética ante los eventos de una conducta alternativa conforme a Derecho y la teoría del incremento del riesgo no habrá exclusión de la imputación, si con el actuar satisfactorio del ordenamiento jurídico podría haberse evitado la lesión al bien jurídico, tan si quiera de forma probable o posible.

III. *El alcance del tipo (ATP)*: En este criterio, y dicho de manera muy genérica, el maestro alemán considera que la imputación desaparecerá si “*el alcance del tipo no abarca la evitación de tales peligros y sus repercusiones*”. De esta manera, partir de una interpretación del tipo penal, se examina si el vínculo normativo está o no cobijado por este.

Para poder saber cuándo se encuentra satisfecho este nivel se necesita tener en cuenta las *pautas* interpretativas que se enuncian a continuación:

1. No se encuentra cobijada por el ATP *la cooperación de una autopuesta en peligro dolosa*: Cuando dos o más personas imputables, con conocimientos estandarizados, crean un peligro que rebasa claramente el riesgo general (vgr. una competición de motos en estado de embriaguez) y una de ellas muere, aunque hubo una creación y concreción del riesgo en el

resultado lesivo, tendrá que descartarse la imputación porque el tipo penal de homicidio (por poner un ejemplo) no se configuró para evitar las autopuestas en peligro dolosas, y si ello no se prohíbe, mal podría deducirse entonces la proscripción de su cooperación. Sobre este punto Roxin concluye de la siguiente manera:

“Aquí habrá que distinguir: si el que se pone a sí mismo en peligro es plenamente consciente del riesgo y sólo tiene disminuida su capacidad de inhibición, el cooperador ha de quedar impune; pues el que se pone a sí mismo en peligro sigue siendo dueño de sus decisiones, aunque le sea más difícil la decisión. Si por el contrario tiene disminuida su capacidad de intelección, de tal modo que ya no es correctamente consciente del riesgo, se le debe imputar el resultado al extraño (...).”<sup>118</sup>

Desde esa óptica y en lo relativo a la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa deberá excluirse la imputación porque el alcance de los tipos penales generalmente no se extiende hasta los resultados producidos por dicha cooperación donde lo decisivo para la configuración de los efectos adversos al bien jurídico es, en sí, la autopuesta en peligro dolosa, abarcándose por ello un sector importante del grupo de casos en el que tenía su imperio la antigua teoría de la prohibición de regreso.

También quedaría cobijado en estos casos el ejemplo de los heroinómanos, donde “A” le entrega a “B” heroína para su uso privado quien al inyectársela muere al instante. Y ello es así porque quien únicamente posibilita o promueve que una persona responsable se ponga a sí mismo en peligro no lleva a cabo una conducta punible de lesiones u homicidio, pues los tipos penales no intentan excluir las autopuestas en peligro dolosas y en consecuencia tampoco podrían prohibir la cooperación de las mismas.

2. No se encuentra cobijada por el ATP *la puesta en peligro de una persona aceptada por ésta*: Habría exclusión de la imputación porque el alcance del tipo no cubre tampoco esta situación por ser equiparable con la autopuesta en peligro dolosa. Pero además de la equivalencia presentada existen otras dos razones por las que opera la exención de responsabilidad:

Al ser la lesión al bien jurídico una consecuencia del riesgo corrido y no de otros fallos adicionales, el sujeto que quiso ser puesto en dicho peligro tendrá el mismo deber de protección que pesa sobre quien le pone en la situación de riesgo.

Existe conciencia suficiente del riesgo que se está corriendo y, por ende, si sumamos todas las razones enunciadas, podrá decirse que el tercero simplemente ha “asumido el riesgo”. (Ejemplos: La persona que de forma insistente le pide al barquero que lo lleve a dar un paseo al río, a pesar de que dicho barquero lo desaconseja constantemente por la furiosa tormenta que cubre los espacios del perfilado horizonte, pero que de todas maneras terminan por realizar, falleciendo el pasajero obstinado al volcarse el bote a consecuencia de una fuerte oleada. Igualmente, quedarían abarcados los casos en los que una persona ingresa a un vehículo conducido por otra en evidente estado de ebriedad y éste muere por un accidente causado por el conductor alcoholizado.) Sin embargo, para que se acepte la exclusión de la imputación objetiva por estas razones deberán cumplirse, según Roxin, los siguientes requisitos:

- Quien se somete a sí mismo a un peligro por un tercero debe ser imputable.
- No puede haber sido víctima de coacción.
- Tiene que haberse percatado de la situación de riesgo que existía de la misma manera en que lo hizo el generador del peligro. En los casos de riesgo de adquirir VIH mediante relaciones sexuales la doctrina es clara en afirmar que “tal contacto sexual (también en caso de un acto sexual sin protección) es impune cuando ambas partes saben

que existe el riesgo de contagio y responden conjuntamente por su acción. En cambio, las consecuencias deben imputarse al enfermo de SIDA cuando éste, al realizar el contacto sexual desprotegido, hubiera ocultado su enfermedad, pero también cuando, insistiera al no infectado aún y que no quiera realizar el acto, a asumir la aventura riesgosa”<sup>119</sup>.

En conclusión, en la puesta en peligro de una persona aceptada por ésta también deberá excluirse la imputación porque la víctima esencialmente tomó el riesgo al haberse producido el daño como consecuencia del riesgo corrido por él, teniendo además plena conciencia del riesgo corrido, y esas situaciones no son abarcadas por el alcance del tipo penal correspondiente.

No obstante, es necesario subrayar que en este punto al parecer Roxin olvida resaltar la importancia meridiana que tiene la **posición de garante** para determinar realmente si la atribución puede o no producirse a quien ha puesto en peligro a un tercero. Sobre este punto el tratadista alemán Hans-Heinrich Jescheck nos dice lo siguiente:

“En los delitos de comisión, la imputación objetiva descansa en la causación del resultado típico. En los delitos de omisión impropia, no basta, por el contrario, el hecho de que una posible acción hubiera evitado el resultado para poner a cargo de todo aquel sujeto capaz de actuar la lesión del bien jurídico como injusto del que deba responder, pues no puede existir un deber de prestar ayuda donde quiera que haga falta. Desde Feubach (cfr. Supra, 58 I 2) se admite, por ello, que el ordenamiento jurídico, en principio, sólo impone al ciudadano el deber de omitir acciones activas mediante las cuales puedan menoscabarse bienes jurídicos de terceros, y que siempre ha de demostrarse una ‘causa jurídica específica’ para que alguien excepcionalmente

---

119 ROXIN, Claus. La imputación objetiva en el Derecho Penal. Perú: Editorial Griley, 2013. p. 144.

pueda ser hecho responsable de haber omitido actuar positivamente para proteger bienes jurídicos ajenos. La equivalencia de la omisión con el hacer positivo, presupone, pues, que el omitente aparezca como **'garante'** de la evitación del resultado. Todos los supuestos de este deber de evitar el resultado se basan en la idea fundamental de que la protección del bien jurídico en peligro depende de una prestación positiva de una determinada persona y que los afectados confían en la intervención activa de la misma.<sup>120</sup>

Así las cosas, no puede compartirse que Roxin le dé un tratamiento descuidado a la “puesta en peligro de una persona aceptada por esta” sin tener en cuenta la posición de garante, según la cual se hará posible realmente afirmar o negar la imputación jurídica del resultado.

3. No se encuentran cobijadas por el ATP *los eventos cuyo riesgo ha sido trasladado a un ámbito de responsabilidad ajeno*: El alcance del tipo no abarca el suceso posterior a la asunción del riesgo que realiza una tercera persona y por lo tanto no se le puede imputar al primer causante el resultado lesivo que ocurra en el tiempo durante el cual un extraño ha decidido asumir el control del peligro y protección para bien jurídico tutelado. Roxin resume su teoría de la siguiente manera:

La ratio de la exclusión de la imputación en estos casos estriba en que determinados profesionales, dentro del marco de su competencia respecto de la eliminación y vigilancia de fuentes de peligro, son competentes de tal modo que los extraños no tienen que entrometerse. Ahora bien, entonces la consecuencia político-criminalmente coherente de dicha asignación de competencia es exonerar al primer causante de las consecuencias que sean provocadas por una conducta dañosa del profesional.<sup>121</sup>

---

120 JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General. Tomo II. Barcelona: Editorial Bosch, Casa Editorial, S.A., 1981. p.854.

121 Ibid., p. 399.

Como ejemplo de lo explicado tenemos el caso de la tractomula que es detenida por la policía al desplazarse sin luces traseras de noche por una zona considerablemente oscura, y que luego de ser detenida, y haber retirado las autoridades las linternas de la calzada que por seguridad del tráfico inicialmente habían colocado, es embestida por un camión cuyo copiloto muere al instante del choque producido. En tal hipótesis Roxin descarta la imputación del conductor de la tractomula porque la policía era quien ya había asumido el control del riesgo y por ende el alcance del tipo no podría comprender también la causación de un hecho que fuera posterior a la deontológica asunción del peligro mencionado. Así mismo quedan cobijados en este escalón de determinación del alcance del tipo penal llamado “la atribución a la esfera de responsabilidad ajena” profesionales riesgosos como los bomberos, vigilantes acuáticos, soldados, etc.

Así que en tratándose de una atribución a la esfera de la responsabilidad ajena por competencia especial o acaecimiento de sucesos posteriores a la asunción del riesgo que haga un tercero, deberá excluirse la imputación. O como dice el tratadista Fernando Velásquez: “desde el punto de vista político-criminal sólo es coherente que responda por los resultados causados las personas a quien se le ha asignado la competencia correspondiente que, además, es la que ha perpetrado la conducta dañosa; no al tercero”<sup>122</sup>.

4. No se encuentran cobijadas por el ATP *los daños derivados de un shock*: Estos son definidos por el maestro alemán como aquellos perjuicios físicos que sufren terceros cuando se enteran o llegan a conocer que una persona allegada a sus afectos murió o fue lesionada por otra. En tales casos hay exclusión de la imputación por tales daños al verificarse que “*el fin de protección de la prohibición penal de matar o lesionar no consiste en preservar a personas distintas que el afectado de las repercusiones físicas de conmociones psíquicas.*”<sup>123</sup>

---

122 VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal, Parte General. 4ª ed. Bogotá: Editorial Librería Jurídica Comlibros. 2009 p. 602.

123 Ibid., p. 1012.

5. No se encuentran cobijados por el ATP *los daños consecuencias de otros*: Los efectos posteriores de la realización del peligro creado no son cubiertos por el alcance del tipo penal, sino que ellos deberán sopesarse en lo relativo a la medición punitiva. Así, por ejemplo, si A le amputa a B una pierna no se podrá continuar imputándole a aquel los daños que sufra B como consecuencia de esa lesión; v.gr. caídas, accidentes de cualquier tipo, etc.

En resumen, sólo cuando hayan sido satisfechos estos niveles de imputación podrá afirmarse que objetivamente el tipo penal fue llevado a cabo por un individuo y será posible entonces comenzar la imputación al tipo subjetivo, en su modo doloso.

### 1.2.3 Significado, alcance y criterios de la teoría de la imputación objetiva de Jakobs<sup>124</sup>

Para comprender la teoría de Jakobs es necesario tener en cuenta unas premisas básicas que él sigue:

- I. Un sujeto sólo es responsable por sucesos que se encuentren en la órbita de su competencia. Por ello hay que determinar si el autor tiene o no una posición de garante con respecto a la evitación del resultado, pues a partir de ésta es que es posible concretar la responsabilidad penal. De esta manera, la posición de garante deja de ser únicamente un elemento de la omisión impropia y pasa a ser un presupuesto también de los delitos de acción.
- II. Fijada la posición de garante, hay que determinar si el sujeto defraudó las expectativas que nacen de su rol; esto es, si no las cumplió.

---

124 Esta temática fue trabajada ampliamente por el autor de la presente investigación en los siguientes textos cuyas consideraciones, parcialmente, se transcriben: Silva Reyes, Andres, Barajas Conde, Diego Javier y Peláez Mejía, José María. Significado, Alcance Y Criterios De Imputacion Objetiva: Una Vision Desde La Filosofía Del Derecho Y El Estado Social De Derecho. Recuperable en: <http://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/9516>; y en BARAJAS CONDE, Diego; PELÁEZ MEJÍA, José M. y SILVA REYES, Andrés. Significado, Alcance y Criterios de Imputación Objetiva. Estado de la cuestión doctrinal y jurisprudencial. Cúcuta: Editorial del Centro Seccional de Investigaciones de la Universidad Libre. Por lo tanto el acápite 1.1.3 corresponde a una transcripción parcial de tal texto.

- III. La infracción al deber objetivo de cuidado que sólo era un elemento del delito culposo pasa a estudiarse como criterio de imputación objetiva por ser parte del rol de cada persona.
- IV. Los roles se derivan del *tipo de competencia* que tenga el sujeto. Existen dos tipos de competencia según Jakobs: *competencia institucional* y *competencia por organización*. La *competencia institucional* es la que proviene de instituciones sociales o jurídicas como el hecho de ser miembro de la institución de la familia o miembro de la fuerza pública. De estos roles especiales surgen posiciones de garante basadas en la solidaridad, que generan la obligación de configurar un mundo en común; el deber de protección nace, aunque el garante no haya organizado el peligro para el bien jurídico. Por el contrario, la *competencia por organización* aparece precisamente en virtud de esa *libertad* que el hombre tiene para organizar su mundo y lo hace de manera peligrosa para los otros. De esta manera la competencia por organización se presenta cuando la persona ha creado el peligro para los bienes jurídicos.

De manera que, la gran trascendencia de una conducta humana no es que lacere bienes jurídicos o provoque una variación del mundo físico, sino que ostenta una significación comunicacional y en últimas “contiene el esbozo de un mundo”. No obstante, será preciso descifrar cuál es ese sentido comunicativo que posee, pero mediante un análisis que tome en consideración la configuración integral de la conducta personal y actúe así, de manera objetiva. Por tanto “los fundamentos de esta interpretación, es decir, la averiguación y la fijación de lo que significa un determinado comportamiento, desde el punto de vista social, constituyen el objeto de la teoría de la imputación objetiva”.<sup>125</sup> Esta doctrina cuenta adicionalmente con un principio trascendental que no puede ser ignorado, basado en el hecho de que el sistema social no se encuentra conformado cognitivamente, al igual que el mundo natural, sino de modo normativo y, por ende, basado en una serie de competencias y consecuentes roles socio-jurídicos que equipan de significado a cada conducta, actuación o comportamiento, los cuales como se conoce regentarán según sus distintos

---

125 Prólogo de JAKOBS, Günther. Imputación Objetiva. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1994.

ámbitos de desarrollo e interpretarán a partir del concepto social establecido desde el código comunicacional común.

Literalmente Jakobs señala lo siguiente: “se imputan aquellas desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol. No es decisiva la capacidad de quien actúa, sino la de un portador del rol, refiriéndose la denominación ‘rol’ a un sistema de posiciones definidas de un modo normativo y que puede estar ocupado por individuos cambiantes; se trata, por tanto, de una institución orientada con base en personas.”<sup>126</sup> En consecuencia, gracias a la teoría de la imputación objetiva se pueden encontrar los elementos necesarios para descifrar el acontecimiento emprendido por una persona, como un ocurrir socialmente relevante o irrelevante, que separa el análisis jurídico de la sencilla consideración naturalística-causal u ontológica-real. Lacónicamente la imputación objetiva es la que viabiliza transformar ese conglomerado empírico ocasionado por una persona, en un algo comunicacionalmente importante o razonable, motivado por un individuo dentro del contorno social. Así mismo, vale mencionar que esta doctrina opera tanto para sucesos culposos como dolosos, con la excepción de que cuando hay dolo la transgresión del rol es tan notoria que no requiere de mayores aclaraciones o estructuraciones de interpretación social.

Así mismo, es importante tener en cuenta como una de las claves que permiten la cabal comprensión de la imputación objetiva en el sistema jakobsiano, la función del Derecho Penal, consistente básicamente en asegurar la identidad de la sociedad. Pero esa misión sólo puede llevarse a cabo analizando el delito en su significado, es decir, a partir de la aportación que comunicativamente sea capaz de brindar como expresión de sentido. Y es que no todas las partes de la realidad son tenidas en consideración, sino únicamente los comportamientos efectuados por las personas que permitan la afirmación del desconocimiento de la norma, puesto que provocarán una nueva hermenéutica de los códigos considerada por su autor como válida y superadora de las expectativas normativas que han sido aceptadas por los individuos dentro de una sociedad.

En el ensayo titulado “*La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma*” Jakobs consolida y fundamenta su postura sobre el tema de la imputación objetiva, comenzando por enunciar que la norma ha de ser comprendida en su forma más sistémica posible, es decir, en términos de una expectativa normativa consistente en el hecho de que una persona o individuo frente a una situación determinada habrá de comportarse de un forma determinada, no como consecuencia del resultado de compensar la satisfacción con la insatisfacción, sino exclusivamente por la implicación y trascendencia socio-vivencial y jurídica que adquiere y posee su Ser-Persona (Person-*Sein*) en el marco de la comunidad asentada. “En otras palabras, una norma no ordena el mundo bajo el esquema de la satisfacción/insatisfacción de los individuos, sino bajo el esquema de los deberes/espacios libres de las personas, esto es, de los portadores de roles.”<sup>127</sup> Razonar distinto sería ir en desfase con el sistema social establecido y con el conjunto de engranajes institucionales ampliamente aceptados como válidos.

Pero la vigencia o validez de la norma no es que termine al infringirse la misma, ya que para su infracción es preciso y evidente que ella se encuentre en vigor. Lo que sucede sencillamente es que acaeció una conducta cuya significación presentó un aporte comunicacional desautorizado que al malograr las perspectivas normativas se tendrá como inadmisibles. Ahora, respecto a la teoría de la imputación en específico se presenta el siguiente razonamiento de Jakobs:

“La hipótesis base de la teoría de la imputación objetiva enuncia que un derecho de comportarse de una determinada manera, o, formulado de forma inversa, el ilícito de un comportamiento, no puede ser determinado solamente teniendo en cuenta a las personas, esto es, atendiendo a las reglas específicas de una socialidad. Esta hipótesis-base se puede desdoblar, en lo que se refiere a los deberes negativos (deberes de no lesionar, en tres proposiciones.”<sup>128</sup>

---

127 JAKOBS, Günther. *La imputación jurídico-penal y las condiciones de la norma*. Citado por GÓMEZ-JARA, Carlos. *Teoría de los sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 205

128 *Ibid.*, p.217.

Estas premisas (a las que deberá añadirse una cuarta, de acuerdo al estudio de otros textos) son las instituciones de riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso y competencia de la víctima. No obstante, en la teoría de la imputación objetiva se analiza, aparte de la problemática de cuándo un comportamiento perturba socialmente o es socialmente normal, las disposiciones normativas que permitan establecer cuándo la realización de una consecuencia típica se debe a una conducta no permitida y en qué evento es producto de un riesgo diferente<sup>129</sup>. Lo anterior es fundamental determinarlo ya que en muchas eventualidades de la estructura de relaciones causales existentes en el entorno social puede suceder que el contacto de talante corruptor se adjudique a la víctima a título de inevitable desgracia, sin que ello implique la atribución de tal proceso a alguien.

A continuación, se expondrá el significado, alcance y criterios de imputación objetiva conforme a la teoría jakobsiana:

- a. *Significado*: La imputación objetiva o “Teoría del significado del comportamiento” es la interpretación en un contexto social de una conducta unida a sus consecuencias causales o incluso a sus consecuencias causales anticipadas. Al respecto el mismo Jakobs dice: “La teoría de la imputación objetiva se ocupa de la determinación de las propiedades objetivas y generales de un comportamiento imputable, siendo así que, de los conceptos a desarrollar aquí, en la parte especial si acaso se menciona, expresa o implícitamente la causalidad (...)”<sup>130</sup>
- b. *Alcance*: Con esta teoría o doctrina se pretende verificar quién es garante de qué, saber cuándo una conducta es socialmente perturbadora o es normal, cuándo la producción típica de un resultado obedece a los cánones de una conducta permitida o es consecuencia de un riesgo diferente, y en definitiva buscar el significado de un comportamiento. En ese orden de ideas, la Imputación Objetiva complementa la acción fundiéndose con ella y

---

129 JAKOBS. Estudios de Derecho Penal. Madrid: editoriales UNAM y CIVITAS, S.A., 1997. p.210. Artículo La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza”.

130 JAKOBS, Günther, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A, 1995. p. 224.

haciéndola parte del tipo penal como una sola entidad comunicativamente relevante. El alcance es especificado por Jakobs de la siguiente manera: “La doctrina de la imputación objetiva no trata tan sólo de la problemática de cuándo perturba socialmente o es socialmente normal una conducta, sino también de la problemática de la imputación objetiva del resultado, esto es, de la decisión acerca de cuándo la producción de un resultado típico obedece la conducta no permitida y cuándo es consecuencia de un riesgo diferente”<sup>131</sup>.

Lo precitado conlleva a que, contrario a Roxin, Jakobs le confiera un alcance integral a la teoría de la imputación objetiva que comprenda tanto los delitos de mera conducta como los de resultado, los comisivos, los dolosos, los omisivos y los culposos. No tiene limitaciones; la imputación objetiva es una condición obligatoria (*sine qua non*), indispensable y perennemente presente en la estructuración de un acto como punible y delictivo.

Igualmente, resulta pertinente en este momento de la exposición saber la manera concreta cómo es posible determinar la anormalidad social de una conducta, afirmándose al respecto que, si los seres humanos entran en contacto no como seres salvajes, sino como miembros de una sociedad, ello sucede bajo el presupuesto de unos roles más o menos perfilados. Es decir, cada ser humano que ha elegido formar parte de una sociedad, al hacerlo, acepta incuestionablemente un papel específico que habrá de cumplir. Estos roles deberán entenderse, argumenta Jakobs<sup>132</sup>, como un haz de expectativas recíprocas y de las correspondientes posibilidades de reacción. Será por eso que se requiere a través de un esquema de interpretación normativo, como lo es la imputación objetiva, constatar o verificar quién es garante de que, por cuanto no todo atañe a todos, mientras que al garante le compete también aquello que resulte de la quiebra de su garantía por hacer parte integral de su rol específico, que al ser mucho más amplio es consecuentemente más exigente. Igualmente se subraya que estas consideraciones rigen tanto para los delitos comisivos, como para la omisión propia e impropia.

---

131 JAKOBS. Estudios de Derecho Penal, Op. cit, p. 210.

132 JAKOBS. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, Op. cit. 211.

Ahora bien, en relación a la pregunta sobre cuáles aspectos o de qué personas pueden ser garantes los seres humanos unidos en sociedad, diremos que Jakobs los clasifica en dos grandes grupos:

1. En aquellos que transforman o modifican el mundo y lo configuran haciendo gala de su libertad, pero debiendo tener cuidado en la creación de riesgos insoportables para los demás (**competencia por organización**). Se trata entonces del rol común del *“ciudadano en cuanto persona”*<sup>133</sup>, que puede *“exigir no ser dañado por los demás, pero que, por su parte, no puede dañar a otro”*<sup>134</sup>. No obstante, cuando se está en presencia de un delito omisivo, la posición de garante surge sobre las circunstancias derivadas de la realización de actividades peligrosas y de la asunción indiscutible de las mismas.
  2. La segunda categoría corresponde a la denominada **competencia institucional**, en virtud de la cual las obligaciones específicas de las personas surgen de roles especiales, debiéndose configurar el mundo en común con la inclusión de algunos sujetos favorecidos por las instituciones sociales preexistentes. De manera ejemplificativa se tendría como pertenecientes a este grupo la familia, el matrimonio, los servicios médicos de urgencia, etc.
- c. *Criterios*: En el razonamiento de Jakobs la presente teoría se divide básicamente en dos grandes niveles: 1º) La Imputación objetiva del comportamiento y 2º) La Imputación objetiva del resultado – para el caso de los delitos de resultado –. En lo referente a la temática de la causalidad es de señalar que el doctrinante alemán no la excluye como parte de las bases configurativas de su teoría, exponiendo sobre la misma: “La causalidad es sólo condición mínima de la imputación objetiva del resultado; a ella debe añadirse aún la relevancia jurídica de la relación causal entre la acción y el resultado. Naturalmente, la relevancia de los cursos causales no se limita sólo objetivamente, sino que también la exigencia de un aspecto subjetivo del hecho, congruente, tiene un efecto limitador”<sup>135</sup>.

---

133 JAKOBS. Estudios de Derecho Penal, Op. cit. p.211.

134 Ibid., p. 211.

135 JAKOBS, Günther, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. p. 237.

Luego, y en torno a los criterios de imputación objetiva, agrega:

“Los criterios de la imputación en su conjunto cabe reconducirlos a dos raíces y tienen – correlativamente a ambas raíces – dos contenidos distintos. Por una parte, se trata de la finalidad propia del Derecho Penal de garantizar la seguridad de las expectativas. (...) Por otra parte, los criterios de la imputación objetiva sirven a la forma de regulación predominante en Derecho penal, la de los delitos de resultado. Aquí reside el principal ámbito de aplicación de las reglas desarrolladas para la causalidad.”<sup>136</sup>

A continuación, presentan cada uno de los criterios desarrollados para los dos niveles de imputación existentes en la teoría de Jakobs:

- I. *Imputación objetiva del comportamiento*: La teoría de la imputación objetiva del comportamiento brinda el conjunto de elementos, estructuras o materiales con el que es posible llevar a cabo una interpretación del suceso puesto en marcha por una persona como un acontecer socialmente relevante o irrelevante, como socialmente extraño o adaptado, etc. Sin esos elementos de interpretación, lo ocurrido y cada una de sus circunstancias no son más que un conjunto de elementos físicos, naturalistas, que en el mejor de los casos tendrá la figura de curso causal psíquicamente sobredeterminado, pero sin la esencialidad de representar un verdadero “esbozo del mundo con significado social relevante”. Sin embargo, a partir de la imputación objetiva dicha amalgama de datos heterogéneos carentes de significado social se convertirán en algo comunicativamente relevante, en algo comprensible, en algo susceptible de tener un espacio en la zona interpretativa del lenguaje jurídico. Por lo tanto:

“sólo aquello que es objetivamente imputable puede denominarse en un sentido general “acción”. Por consiguiente, desde el punto de vista del Derecho penal, no se plantea la cuestión acerca de si una acción se ha producido de manera objetivamente imputable,

sino si un suceso, por ser objetivamente imputable, constituye una acción jurídica penalmente relevante. Sin el esquema objetivo de interpretación no se alcanza el ámbito de lo social.<sup>137</sup>

Así mismo resume su postura de la siguiente manera:

1. Los seres humanos se hallan en el mundo social en calidad de portadores de un rol, es decir, como individuos que deberán administrar una determinada fracción del acontecer social de acuerdo a un determinado estándar.
2. Entre autor, víctima y terceros, conforme a los roles que ejercen, se determinará a quién corresponde, por sí solo o ligado a otros, el suceder relevante, esto es, quién por haber incumplido su rol administrándolo de manera insuficiente responde jurídico-penalmente o, si fue la víctima quien incumplió su rol debe responsabilizarse del perjuicio por sí misma. Si todos actúan de acuerdo al rol, sólo permanece la viabilidad de explicar lo acontecido como desgracia.
3. Esto rige tanto respecto de hechos dolosos como de hechos imprudentes; sólo que en el marco de los hechos dolosos comúnmente el quebrantamiento del rol es tan obvio que no requiere de mayor esclarecimiento -situación que se da con menos frecuencia en los hechos imprudentes<sup>138</sup>.

Ahora bien, los criterios o instituciones dogmáticas que conforman el bloque de la imputación objetiva del comportamiento son los siguientes: 1° el riesgo permitido, 2° la prohibición de regreso, 3° el principio de confianza y 4° la actuación a propio riesgo de la víctima.

Instituciones:

---

137 JAKOBS, Günther. Imputación objetiva en el derecho penal. 1ª ra. ed. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1997. p. 24.

138 Ibid., p. 25.

1. *Riesgo permitido*: cuando el resultado lesivo sea producto de un riesgo permitido se excluirá la imputación porque el mismo acaeció como consecuencia del infortunio y no por la configuración de un injusto. “Los límites de lo que está dentro del riesgo permitido se pueden trazar en parte con exactitud: si la ley prohíbe una conducta como abstractamente peligrosa, tal comportamiento entraña, en condiciones normales un riesgo no permitido.” Y en cuanto a los conocimientos especiales se tendrá entonces de manera sintética que: 1º Se excluirá la imputación cuando el autor ostente un rol general y haga uso de sus conocimientos generales aunque posea por azar algún conocimiento especial, 2º No se excluirá la imputación cuando el autor que ostenta un rol general hace uso de algún conocimiento especial porque queda automáticamente incorporado dicho conocimiento a su rol, 3º No se excluirá la imputación cuando se trate de roles basados en organización porque el titular del rol no se presenta como un sujeto cualquiera, sino que tiene que hacer todo lo que sea necesario, ya que introduce un riesgo especial y 4º En cuanto a los deberes institucionales estos permanecen intactos y por ende los sujetos que asuman roles dentro de instituciones sociales habrán de incluir dentro de su rol los conocimientos especiales que sirvan para la evitación del resultado.
2. *Prohibición de regreso*: Está referido a esos casos en los cuales un autor desvía hacia lo delictivo un comportamiento de un tercero que aisladamente considerado es inofensivo y adecuado a la asignación de su rol, o sea que per se no es delictivo. Un ejemplo clásico sería el de la película protagonizada por Tom Cruise, *Colateral*, en la que un asesino a sueldo contrata a un taxista para que lo transporte a los diferentes lugares donde deberá ir cometiendo homicidios, sin que por supuesto el conductor lo sepa. En este caso el taxista simplemente estará cumpliendo la función que le ha correspondido dentro del ámbito de competencia asignado por su rol, y la realización de la misma tan sólo podrá aseverar que ha sido la aportación cotidiana de un hecho cuyo significado es estereotipadamente inocuo. “Esto forma parte de su rol, nada más y nada menos”.

Para su aplicación deben tenerse en cuenta las siguientes reglas:

- *Se excluirá la imputación por prohibición de regreso al no haber quebrantamiento del rol cuando alguien asuma con otro un vínculo estereotipado-inocuo, aunque este incluya el vínculo en una organización no permitida.* Así en los negocios de la vida diaria donde existe una comunidad limitada, nadie tiene la obligación de ampliar su margen de configuración, por lo que no se hace responsable de la inclusión que terceros realicen de los vínculos generados con éste dentro de comportamientos con significado delictivo. Por ejemplo, a un comerciante no se le podría imputar hurto si el cliente llegare a emplear las herramientas vendidas por aquel en la realización de un apoderamiento de cosa ajena.
- *Se excluirá la imputación cuando el comportamiento no tenga significado delictivo, aunque se vea venir el delito,* lo que le quita cualquier tipo de relevancia a los conocimientos especiales, en contraste de la profunda importancia que se le da al cumplimiento del rol a través de conductas inocuas y estereotipadas; verbigracia, el préstamo de un hacha al vecino, aun sabiendo que ella se empleará para asesinar a su esposa, sin perjuicio de la responsabilidad generada por omisión de socorro.
- *No habrá exclusión de la imputación por quebrantamiento del rol cuando no se mantengan bajo control objetos peligrosos o se adopte un comportamiento a la planificación delictiva de otro.* Por consiguiente, no puede ser distanciado de las consecuencias delictivas quien realiza prestaciones con características *per se* peligrosas. Un ejemplo bastante ilustrativo sería el de quien entrega armas que requieren licencia, sin el cumplimiento de este requisito.
- *Se excluirá la imputación cuando el resultado se haya producido porque otro haya exigido establecer una comunidad y ésta no se establezca.* Es imposible afirmar la imputación de un comportamiento que no tenga significado delictivo por el sólo hecho de antecederle una exigencia de acción u omisión no contemplada normativamente, como lo sería el establecimiento de una comunidad, ya que con ello no se defrauda ninguna expectativa jurídica. En esa línea teórica es

posible encuadrar el siguiente ejemplo: “A” le dice a su esposa “B” que matará a “C” si ésta lo llega a abandonar en cualquier momento, situación que ciertamente ocurre, por lo que el impulsivo esposo le da muerte al mencionado tercero. En tal caso deberá negarse la imputación objetiva sobre la esposa porque ella no estaba obligada a continuar o establecer ningún tipo de comunidad con nadie. No obstante, esta aplicación de la prohibición de regreso encuentra su límite en las mencionadas posiciones de garantía, que fundamentan afirmativamente la imputación de comportamientos que las desconozcan y por ende causen resultados lesivos.

3. *Principio de confianza*: Cuando el comportamiento de los seres humanos queda entrelazado, no forma parte del rol del ciudadano controlar permanentemente a todos los demás; de otro modo, no podría haber reparto del trabajo. Este principio queda excluido si la otra persona no tiene capacidad de ser responsable o está disculpada de su responsabilidad. Ejemplo: No habrá en el tráfico automovilístico un principio de confianza que se dirija a la corrección de la conducta de niños pequeños.

No puede permitirse la confianza si la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente el otro comete; y esto puede suceder recíprocamente. Así, por ejemplo, en una carretera el conductor de un automóvil deberá prestar sumo cuidado al desplazamiento de los ciclistas porque no puede comportarse como si éstos no se lancearan ni siquiera un poco más de lo cotidianamente normal.

4. *Competencia de la víctima y actuaciones a propio riesgo*: “Puede que la configuración de un contacto social competa no sólo al autor, sino también a la víctima, y ello incluso en un doble sentido: puede que su comportamiento fundamente que se le impute la consecuencia lesiva a ella misma, y puede que se encuentre en la desgraciada situación de estar en la posición de víctima por obra del destino, por infortunio. Existe, por tanto, una competencia de la víctima”. Este instituto de la imputación objetiva es muy común, sobre todo en los

casos de consentimiento de la víctima, y puede ser genéricamente definido al visualizar a sujetos pasivos asumiendo la dirección del acontecimiento que configura la estructuración del injusto.

En cuanto a las reglas particulares para su aplicación se tienen las siguientes:

- *Se excluye la imputación cuando el resultado producido ha sido fruto de la desgracia o del infortunio* ya que dicho curso lesivo simplemente no era cognoscible para ninguno de los intervinientes.
- *Se excluye la imputación aun cuando el curso lesivo era cognoscible si el autor se ha comportado conforme a su rol* ya que la víctima no tenía derecho a que no se produjera ese comportamiento dañino.
- *Se excluye la imputación cuando la víctima lesiona un deber de autoprotección o hubo voluntad propia* por ser estas infracciones acciones a propio riesgo.
- *Se excluye la imputación cuando el actuar precedente es el consentimiento* ya que, si el titular del bien jurídico incita a otro a realizar una conducta dañosa sin una razón poderosa para hacerlo, el otro no tiene entonces la obligación de proteger los bienes del instigador de un modo más cuidadoso que éste mismo.

II. *Imputación objetiva del resultado*: En la teoría de Jakobs la imputación objetiva del resultado reviste una menor importancia, pero aun así ha llevado a cabo algunos desarrollos que se explicarán y que según su teoría implican lo siguiente:

Sin embargo, y con esto se pasa al segundo ámbito, el establecimiento de la configuración no permitida (o que infringen un deber de autoprotección) no prejuzga que el resultado delictivo

(especialmente la lesión de un bien), producido en relación con un comportamiento no permitido, se fundamente en ese comportamiento o que sólo tenga lugar con ocasión del mismo, siendo, por lo demás, fortuito.

Dicho de otro modo: en el primer ámbito se trata de determinar el comportamiento socialmente perturbador, y, por tanto, al menos hay una tentativa de delito. En el segundo ámbito se analiza si un resultado constituye la continuación de esa tentativa hacia la consumación.<sup>139</sup>

En ese sentido, se percibe que dentro de este grupo de análisis se trata de verificar si el resultado es consecuencia del peligro creado por el autor o de un riesgo diferente, dado que en el caso de concurrencia de riesgos se pueden presentar varias situaciones problemáticas.

Antes de adelantarse de manera más específica en la materia, se examinarán dos pautas o reglas iniciales que habrán de tenerse en consideración acerca de la imputación objetiva del resultado:

- *La necesidad de individualizar el riesgo:* Aunque el daño provenga de diferentes causas, es fundamental establecer cuál fue el riesgo que ultimadamente se perpetró en el resultado. Téngase en cuenta que entre más esclarecimientos frente al resultado existan, más remota se va tornando la imputación del mismo de quien se creía era su responsable o autor.
- *La irrelevancia de las hipótesis:* Para el derecho penal es irrelevante lo que haya sucedido sin la existencia del riesgo ya que lo relevante es lo que haya ocurrido debido a su participación como causal definitiva del resultado.

### 1.1.4 Balance teórico actual

Definir la imputación hoy en día pareciera ser algo sencillo. Sin embargo, la ambigüedad y vaguedad del lenguaje es hiperbolizada en el campo del Derecho de una forma tal que casi nunca se tiene una respuesta única y concreta sobre ningún aspecto de las instituciones jurídicas. Empero, se tratará de buscar una salida dilucidando inicialmente la respuesta que cada corriente dogmática le da a la pregunta sobre qué es la imputación objetiva para luego de ello exponer en el acápite final de esta investigación la solución que podría ser considerada como correcta o al menos la más adecuada dentro del todo coherente que conformaría el sistema jurídico-penal. Así las cosas, se comienza por afirmar que en sus orígenes – con Hegel, Larenz y Honig – la imputación objetiva tuvo como misión determinar cuándo una conducta es obra de una persona o cuándo no; es decir, cuándo o con qué criterios es posible aseverar que un específico comportamiento le pertenece – como obra suya – a un sujeto. Para tales efectos, estos autores utilizaron en esencia el criterio de dominabilidad (previsibilidad y evitabilidad) del resultado asignándole la función de ser un criterio esencial a la hora de establecer la pertenencia de ese resultado al sujeto investigado. Esto no implicó por supuesto la eliminación de la causalidad como elemento del delito pues, “antes bien, al juicio causal, como juicio ulterior autónomo, se le agrega el de la imputación objetiva, que tiene que revisar la cuestión axiológica, a saber, la significación de la relación causal para el ordenamiento jurídico, medida según parámetros que están dados con el ordenamiento jurídico mismo.”<sup>140</sup>

De esta manera, es viable afirmar que la imputación objetiva es la hija rebelde de la causalidad, puesto que aun cuando nació inicialmente en el seno de la pugna entre teorías causales<sup>141</sup> ante la insatisfacción que todas ellas dejaban a la hora de brindar un fundamento adecuado, lógico y razonable para resolver

---

140 Honig. R. Causalidad e imputación objetiva. Citado en Sancinetti, M. A. (coord.) Causalidad, riesgo e imputación. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2009. p. 111.

141 Teorías de la causalidad tales como: (i) la teoría de la equivalencia de las condiciones, desarrollada por GLASER, para la cual todas las condiciones del resultado tienen idéntica y equivalente calidad causal derivándose de esta dos teorías correctivas llamadas la fórmula de la *conditio sine qua non* y la fórmula de la condición adecuada a las leyes de la naturaleza; (ii) la teoría de la causalidad adecuada o de la adecuación que exigía previsibilidad del curso causal para afirmar la existencia del nexo empírico propuesta por VON KRIES y VON BAR; y (iii) teoría de la causalidad jurídicamente relevante conforme a la cual solo una condición es causal del resultado si es jurídicamente importante [MEZGER].

una innumerable cantidad de casos difíciles (como los cursos causales irregulares o extraordinarios, la problemática de la causalidad hipotética, la causalidad alternativa, etc.), terminó siendo un elemento adicional de la tipicidad objetiva y no una teoría de la causalidad que superara a sus predecesoras como se esperaba.

No obstante, en torno a las relaciones entre causalidad e imputación objetiva se encuentran al menos las siguientes posturas: (1) aquellos para quienes la imputación objetiva reemplaza completamente la determinación del nexo causal como elemento independiente en la configuración de la tipicidad<sup>142</sup>; (2) los que afirman que la causalidad como elemento del tipo penal objetivo no ha desaparecido, sino que simplemente se ha integrado a la imputación objetiva como uno de sus escalones de estructuración internos<sup>143</sup>; (3) quienes declaran que la causalidad en los delitos de resultado es simplemente un presupuesto necesario y previo a la determinación de la imputación objetiva pero insuficiente para la afirmación del tipo penal objetivo, por lo que su coexistencia en la configuración de éste no resultaría problemática, sino por el contrario indefectible<sup>144</sup>; y (4) los que abogan por la desaparición de la imputación objetiva y el renacimiento de la causalidad como criterio único de atribución utilizando para ello nuevas teorías

---

142 Por ejemplo: OTTO, Harro *Diagnosis causal e imputación del resultado en el Derecho Penal*, en *La prohibición de regreso en el derecho penal*. En: Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 65-92. Así mismo: BACIGALUPO, Zapater, E. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999. p. 271.

143 Sería la posición mayoritaria según FRISCH, W. *La imputación objetiva del resultado*. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas. Op. cit., p. 52. Así mismo, puede verse esta postura en ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas, 1997. p. 346., y más recientemente en *Imputación objetiva en el Derecho Penal*. Perú: Griley, 2012. p. 40. Sin embargo, no queda clara la posición de Roxin sobre si uno de los criterios de imputación objetiva es la causalidad o no, puesto que en tales textos así lo afirma expresamente, pero luego dice en otras partes de su obra que solamente son criterios de imputación objetiva la creación del riesgo desaprobado, su realización en el resultado y el alcance del tipo penal sin incluir la causalidad. Al respecto, es bastante dicente – lo que parecería ser otra posición – su artículo denominado: *La teoría de la imputación objetiva en Roxin, C. Sistema del hecho punible / 1. Acción e imputación objetiva*. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. p. 259. Expresamente en este sentido: Jakobs. *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Op., cit., p. 226. También: Frister, H. *La causalidad de la acción respecto del resultado en Sancinetti, M. A. Causalidad, riesgo e imputación*, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2009. p. 481. Igualmente, Mir Puig, S. *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona: Editorial Reppertor, 2011. p. 260; Vives Anton, T. S. *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 315; Puppe, I. *La imputación del resultado en Derecho Penal*. Perú: Ara Editores, 2003. p. 27

144 Por ejemplo: RUDOLPHI, H.J. *Causalidad e imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. P.30; JESCHECK, H- H y WEIGEND, T. *Tratado de derecho penal. Parte General*. Granada: Editorial Comares, 2014. p. 295; SAMSON, E. *Imputación del resultado y riesgo*. En: SANCINETTI, M. A. *Causalidad, riesgo e imputación*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2009. p. 383.

provenientes de otras disciplinas del conocimiento que permitan determinar el nexo causal, dado que la mayoría de los casos que resuelve la imputación objetiva son en realidad casos propios de la causalidad<sup>145</sup>.

Así mismo, se observa que en lo atinente a la *definición, función y ubicación* de la imputación objetiva son evidenciables varias posturas – intercambiables – al respecto:

**Tabla 1.** Teorías actuales imputación objetiva. Definición, función, ubicación de la imputación objetiva en el esquema del delito

146147148149150151152153154155

<b>DEFINICIÓN. La imputación objetiva es</b>
1. Un conjunto de criterios, principios <sup>146</sup> o <i>topoi</i> <sup>147</sup> útiles para resolver casos o interpretar determinados tipos penales; es decir, simples criterios o métodos de interpretación que delimitan la tipicidad de una conducta <sup>148</sup> .
2. Una teoría superadora de las teorías causales <sup>149</sup> (y en consecuencia de cierta forma una teoría causal evolucionada o mejorada <sup>150</sup> )
3. Es un elemento <sup>151</sup> del tipo penal objetivo como lo son la causalidad o el verbo rector.
4. Es una teoría general sobre las características objetivas generales de un comportamiento imputable <sup>152</sup> y en consecuencia equivalente a toda la imputación de la parte objetiva del tipo <sup>153</sup> .
5. Un conjunto de presupuestos normativos de la tipicidad no exigidos expresamente por la ley <sup>154</sup> .
6. Es una teoría que anticipa juicios de antijuridicidad <sup>155</sup> .

145 Al respecto: HILGENDORF, Eric. Relación de causalidad e imputación objetiva a través del ejemplo de la responsabilidad penal por el producto. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo 55, 2002. p. 91-108. ISSN 0210-3001.

146 GARRIDO, M. Derecho penal parte general. Tomo II. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003. p. 69.

147 En sentido: KAUFMANN, A. ¿"Atribución objetiva" en el delito doloso? En Anuario de derecho penal y ciencias penales. Tomo 38, Fasc/Mes 3, 1985. p. 807-827. Acorde con esta perspectiva PUPPE. Op., cit. p. 27. ISSN 0210-3001.

148 Por ejemplo: SANACINETTI, M. Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva, en (varios autores) Teoría de la imputación objetiva. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

149 Más o menos cercano a esta opción: SCHÜNEMANN, B. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva, en Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2007.

150 De una u otra forma: OTTO. Op., cit. p. 65-92 y BACIGALUPO. Op., cit. p. 271.

151 LUZÓN, Diego- Manuel. Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires: Editorial B de F, 2016. p. 350; ROXIN. Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Op., cit. p. 346 y ss.

152 JAKOBS. Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Op., cit. p. 224.

153 CANCIO, M. Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 82. Crítico al respecto Mir Puig, S. Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal ya citado.

154 GIMBERNAT, E. ¿Qué es la imputación objetiva? En: Estudios penales y criminológicos, 1985-1986. no. 10. p. 167-186. ISSN 1137-7550.

155 RIGHI, E. Derecho Penal, Parte General. Argentina: Abeledo-Perrot, 2013. p. 177.

<b>FUNCIÓN. La imputación objetiva sirve para</b>
1. Determinar cuándo existe una <i>conexión jurídica</i> entre la <i>acción</i> o conducta y el <i>resultado</i> <sup>156</sup> (así pues el resultado se imputa es a la acción, no al tipo penal).
2. Establecer cuándo es posible atribuir (imputar) un <i>resultado</i> (como obra suya) a su autor. <sup>157</sup>
3. Determinar cuándo es posible atribuir (imputar) una <i>acción</i> (como obra suya) a su <i>autor</i> <sup>158</sup> ; o en otras palabras sirve para averiguar el significado de los comportamientos <sup>159</sup> y en últimas saber quién es garante de qué. <sup>160</sup>
4. Todas las anteriores; esto es, determinar si (1) están vinculadas jurídicamente acción y resultado; y (2) si la totalidad de esa actuación puede serle imputada a una persona como obra suya. <sup>161</sup>
5. Atribuirle (imputar) los <i>resultados</i> al <i>tipo penal</i> . <sup>162</sup>
6. Determinar la relevancia jurídica de la relación causal. <sup>163</sup>
7. Atribuir un sentido jurídico-penal específico a los términos legales que expresan la conducta típica <sup>164</sup> , más allá de la simple descripción del verdadero sentido (literal) de dichos términos.
8. Establecer una <i>relación de riesgo</i> entre precisamente el riesgo creado y el resultado causado. <sup>165</sup>

- 
- 156 Manfred Burgstaller y Eberhard Schmidhäuser seguirían esta postura según la nota a pie de página número 87 de REYES, Y. Imputación objetiva. Op., cit. p. 75. También de una u otra manera FRISCH, W. Comportamiento típico e imputación del resultado. Barcelona: Marcial Pons, 2004. p. 65. Así expresamente por SCHÜNEMANN, B., Op., cit. p. 38. Así mismo CANCIO, M. Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva. Op., cit. p. 76 y 82. Igualmente, MIR PUIG. Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal, Op. cit. p. 14.
- 157 Pareciera ser esta la postura de un amplio sector de la doctrina alemana según nos cuenta FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva estado de la cuestión. En: ROXIN, Claus, et al. Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario de la Universitat Pompeu Fabra). Madrid: Editorial Civitas, 2000. p. 31. Así también: WELSSSELS, J. Derecho penal, parte general. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980. p. 60.
- 158 De una u otra manera es esta la perspectiva de Jakobs cuando define la imputación objetiva como una teoría que “se ocupa de la determinación de las propiedades objetivas y generales de un comportamiento imputable”. Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Op., cit. p.224. Curiosamente en el mismo artículo Mir Puig da dos significados a la imputación objetiva y se adhiere a este concepto en: Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal
- 159 Llamada por JAKOBS “Teoría del significado del comportamiento”. JAKOBS, G. La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma, En: GÓMEZ-JARA, C. Teoría de los sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 214.
- 160 JAKOBS, G. La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza”. En: JAKOBS, G. Estudios de Derecho Penal. Madrid: Editorial Civitas y UAM Editores, 1997. p. 211.
- 161 Así REYES.Y. Imputación objetiva, Op., cit. p. 75.
- 162 Propio del concepto de ROXIN, C. Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Op., cit. Parágrafo 11.
- 163 MAURACH, R. y ZIPT, H. Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994. p. 317.
- 164 Así, MIR PUIG. Op., cit. p. 8.
- 165 SILVA, J.M. Aberratio ictus e imputación objetiva. En: Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 37, Fasc/Mes 2, 1984. p. 368. ISSN 0210-3001.

9. Determinar las <i>características</i> de la conducta típica no expresamente descritas en el texto legal. <sup>166</sup>
<b>UBICACIÓN. La imputación objetiva tiene como <i>posición sistemática</i></b>
1. La categoría dogmática de la acción. <sup>167</sup>
2. El tipo objetivo <sup>168</sup>
3. La antijuridicidad <sup>169</sup>
4. Carece de ubicación por ser un método interpretativo de los tipos penales <sup>170</sup>

Fuente: propia.

Ahora bien, respecto a los criterios de atribución normativa aun cuando existe en los autores citados a pie de página un relativo consenso doctrinal al afirmar que la imputación objetiva *exige* para su configuración la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado* y la *realización de dicho riesgo en el resultado*, tal claridad desaparece al momento de desarrollar los *niveles* de imputación objetiva, entrando nuevamente en múltiples divergencias, tanto en el contenido de estos como en el número de escaños necesarios para dar por configurada la atribución jurídica requerida. Así las cosas, es posible encontrar, al menos, 4 posturas<sup>171</sup> al respecto, sin incluir el problema de la causalidad que, según se

166 SUARÉZ, C. y CANCIO, M. La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva”, estudio preliminar a: JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

167 Así: MAURACH, R. y ZIPF, H. Op., cit. p. 308. También: Muñoz Conde, F. & García Arán, M. Derecho Penal, Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

168 Se considera la postura mayoritaria seguida por: Roxin, Jakobs, Frisch, Luzón Peña, Mir Puig, Jescheck/Weigend, Gimbernat, Puppe, Rudolphi, Otto, etc.

169 Así BUSTOS, J. Imputación objetiva. Cuestiones metodológicas y sistemáticas. En: Bustos /LARRAURI. La imputación objetiva. Bogotá: Temis, 1998.

170 Ver notas 31 y 32.

171 Esto no constituye más que un intento de sistematización puesto que cada autor incluye los niveles que quiere y los agrupa de las formas más diversas. Por ejemplo, Jescheck & Weigend hablan de 7 criterios o grupos de casos (algunos que niegan la imputación y otros que sirven para afirmarla); Maurach & Zipf hacen una agrupación amorfa de casos; Luzón Peña referencia 5 criterios fijos (bastante gaseosos por cierto) y dos criterios más aunque sólo posibles; Schünemann alude a 4 grupos de casos (cada uno compuesto por “subcasos” y reglas particulares de resolución); Gimbernat Ordeig habla de cinco criterio de imputación objetiva [1. El fin de protección de la norma. 2. Exclusión de la imputación objetiva cuando la acción dolosa causante del resultado típico es una objetivamente correcta. 3. El consentimiento de la víctima en el riesgo como factor excluyente de la imputación objetiva. 4. Casos de ausencia (o de presencia) de imputación objetiva cuando entre la acción inicial dolosa o imprudente y el resultado típico final se interpone la conducta, también dolosa o imprudente, de un tercero. 5. Comportamiento alternativo conforme a Derecho vs. teoría del incremento del riesgo] en el artículo A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad. ADPCP, VOL. LXVI, 2013; Puppe habla es de reglas generales de imputación las cuales resumen en 13 de ellas; otros como Mir Puig o Cancio Melia hablan de la distinción entre los criterios incluidos en la imputación objetiva en sentido amplio (donde introducen los criterios de Jakobs) y la imputación objetiva en sentido estricto o del resultado (donde incorporan los conceptos de Roxin).

vio líneas atrás, bien puede hacer parte de los niveles de imputación objetiva o estar por fuera de ella:

- a. *La postura de los tres niveles* (por ej. Roxin, Martínez Escamilla<sup>172</sup>): Según esta perspectiva para que exista imputación objetiva se requieren cumplir tres niveles o criterios: a) la creación de un riesgo no permitido; b) la realización del riesgo no permitido; y c) que lo anterior esté cobijado por el alcance del tipo penal<sup>173</sup>.
- b. *La postura de los dos niveles* (por ej. Jakobs, Cancio Melia, Bacigalupo): Parte de dos niveles de imputación: a) una imputación objetiva del comportamiento (cuyos criterios negativos de atribución más usuales son: el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y las acciones a propio riesgo); y b) la imputación objetiva del resultado (cuyos niveles son coincidentes con los incluidos en *la realización del riesgo no permitido* perteneciente al segundo criterio de la anterior postura)
- c. *La postura del único nivel* (por ej. Frisch): Esta vertiente considera que es necesario separar la “conducta típica” de la “imputación objetiva del resultado”. Por lo cual, a la primera pertenece todo lo relativo a la creación del riesgo jurídicamente desaprobado y a la segunda la “relación de riesgo” como auténtico problema de imputación objetiva.
- d. *La postura ecléctica mayoritaria de los grupos de casos* (Schünemann, Mir Puig, Rudolphi, Eser/Burkhardt<sup>174</sup>, Stratenwerth<sup>175</sup>, Wessels, Frister, etc.): De conformidad con esta corriente existe una serie de reglas (normalmente negativas de la imputación objetiva) para resolver cierto grupo de casos que pueden ser reunidos en dos grandes categorías, niveles o exigencias así:
  - a) *Exigencia de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado*. Reglas: (1)

---

172 MARTÍNEZ, Margarita. La imputación objetiva del resultado. Madrid: EDERSA, 1992.

173 En España también seguiría esta postura De La Cuesta Aguado, P.M. La teoría de la imputación objetiva en la teoría del injusto en España. En: ROXIN, Claus. La imputación objetiva en el derecho penal. Lima: IDEMSA, 1997, p. 75.

174 ESER, A. y BURKHARDT, B. Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias. Madrid: Editorial COLEX, 1995. p. 121.

175 STRATENWERTH, G. Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible. Navarra: Thomson, Editorial Aranzadi, S.A., 2005. p. 128

No se imputa la disminución del riesgo; (2) No se imputan los resultados productos de riesgos generales de vida o riesgos permitidos<sup>176</sup>; (3) No se imputan los resultados producto del obrar irresponsable de la víctima; y (4) No se imputan los resultados producto del obrar autorresponsable de un tercero. Y **b) Exigencia de la realización del riesgo desaprobado en el resultado (relación de riesgo).** Reglas: (1) No hay imputación objetiva cuando el riesgo desaprobado creado por el autor no es el que se realiza en el resultado sino otro quizás propio del “*riesgo de la vida en general*”<sup>177</sup>; (2) No se imputan resultados o cursos causales que exceden el ámbito o fin de protección de la norma; y (3) No se imputan los resultados inevitables; es decir, en los casos de comportamientos alternativos conforme a derecho<sup>178</sup> “el resultado producido no debe imputarse al autor cuando éste se habrá producido igualmente en caso de que la conducta del autor hubiera sido ajustada a derecho”<sup>179</sup>.

Teniendo como base la postura mayoritaria acabada de referenciar quizás sea viable concederle a Frisch<sup>180</sup> la asociación que hace entre la *causalidad* y la *Teoría de la imputación objetiva* cuando afirma tajantemente que *la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado* esconde tras de sí la *Teoría de la Causalidad Adecuada*, mientras que la *realización del riesgo en el resultado* hace lo propio pero con la *Teoría de la Causalidad Jurídicamente Relevante*, por lo que en últimas el calificativo de “nueva teoría” que se le da a aquélla debería reservarse a otras construcciones dogmáticas más honestas que a diferencia de esta no encubran lo que en últimas sería el resultado de un simple agrupamiento de casos en dos niveles cuya idéntica solución ya había sido prevista por antiguas teorías de la causalidad como las referidas<sup>181</sup>. Así las cosas, y sobre esta perspectiva teórica razón tiene el profesor Cancio Meliá cuando afirma que: “partiendo de una serie de supuestos prácticos, algunos ya tradicionales y otros ideados o recogidos,

---

176 Aparte de los típicos casos de riesgo permitido suelen incluirse el principio de confianza y la prohibición de regreso. Así, por ejemplo, RISGHI, E. Op., cit. p. 180 y ss.

177 ESER y BURKHARDT. Op., cit. p. 122.

178 En contra los defensores de la denominada *teoría del incremento del riesgo*

179 FRISCH, W. La imputación objetiva estado de la cuestión. Op., cit. p. 30.

180 FRISCH, W. La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas. Op., cit. p. 53.

181 En idéntico sentido JESCHECK y WEIGEND. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Op., cit. p. 307.

sobre todo, por Roxin, gran impulsor de la teoría de la imputación objetiva, ha ido construyéndose, prácticamente por sedimentación, capa por capa, un cuerpo de topoi que se agrupa bajo la denominación de Teoría de la Imputación Objetiva.”<sup>182</sup>

Finalmente, en lo relativo al alcance o ámbito de aplicación de la teoría de la imputación objetiva a pesar que en un principio estuvo circunscrita a los delitos de resultado<sup>183</sup>, hoy en día ya no es así y considera la postura mayoritaria<sup>184</sup> que ella es aplicable a todos los delitos en general. De esta manera, como argumenta Yesid Reyes Alvarado,

“si de acuerdo con lo ya expuesto se entiende correctamente a la imputación objetiva como la teoría que permite establecer lo que para el Derecho Penal es una conducta lesiva de los intereses sociales, es decir, como el núcleo de la acción penalmente relevante, de la cual forma parte no sólo un resultado, sino, además, el imprescindible aspecto de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, resulta innegable que la imputación objetiva no debe quedar reducida a los denominados delitos de lesión, y muchos menos a unos determinados tipos de resultado (...).”<sup>185</sup>

Así pues, hoy puede afirmarse que la imputación objetiva es un elemento configurativo de cualquier delito sin importar la clasificación que de este se realice (mera conducta, resultado, lesión, peligro, ejecución permanente, instantáneo, etc.).

---

182 CANCIO, M. Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva. Perú: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001. p. 21.

183 Sólo ROXIN ver obras citadas.

184 SCHÜNEMANN, MIR PUIG, LUZÓN PEÑA, MARTÍNEZ ESCAMILLA, CANCIO MELIA, etc., ver obras citadas. Claramente RIGHI, E. Op., cit. p. 179.

185 REYES, Yesid. Anuario de derecho penal y ciencias penales. Tomo 45, Fasc/Mes 3, 1992. p. 964-965. ISSN 0210-3001.

### 1.1.5 Críticas a la teoría de la imputación objetiva y su defensa

Una de las críticas más usuales que se le ha hecho a la Teoría de la Imputación Objetiva es que su construcción era algo innecesario puesto que con la *Teoría de la Adecuación* ya se habían elaborado todos los presupuestos que debían agregársele a la causalidad para establecer una relación jurídica entre la *acción* u *omisión* y el *resultado*. Sin embargo, esta crítica como lo señala Schünemann ha sido infundada puesto que en muchos casos la adecuación, inadecuación, previsibilidad o imprevisibilidad se torna insuficiente para negar o afirmar la atribución de un resultado lesivo a su autor.<sup>186</sup> Piénsese, por ejemplo, el caso de la persona que le dispara a otra y muere como resultado, no del disparo, sino de una bacteria que adquiere en el hospital mientras es curado. En estos hechos, la adquisición de bacterias en un hospital es algo previsible y, pese a ello, no se podría afirmar la imputación del homicidio consumado en vez del meramente tentado resultando insuficiente, en consecuencia, la *adecuación* de un acto y su curso causal en la producción del resultado para aseverar la atribución normativa de las consecuencias negativas que le ocurran a los bienes jurídicos.

Ya desde la óptica precisa del finalismo se han realizado las siguientes críticas:

- I. Que la imputación objetiva es un escalón completamente innecesario en los delitos dolosos puesto que la restricción de atribución se cumple satisfactoriamente a través del dolo. De esta manera, como afirma Armin Kaufmann la imputación objetiva se habría originado en realidad ante las dificultades que representó para su fundamentación el delito imprudente<sup>187</sup>. En consecuencia, dicen los finalistas, que si se analizan con cuidado los casos que usa la imputación objetiva para justificar la necesidad de este conjunto de criterios normativos es posible reconducirlos todos ellos al lado subjetivo del hecho puesto que o bien en cada uno de éstos falta el dolo o bien sin el análisis del tipo subjetivo es imposible realizar una adecuada valoración del comportamiento.

---

186 SCHÜNEMANN. Op., cit. p. 29.

187 KAUFMANN, Armin. ¿Atribución objetiva en el delito doloso? En: Anuario de derecho penal y ciencias penales. Tomo 38, Fasc/Mes 3, 1985. p. 807-827. ISSN 0210-3001.

- II. No obstante, y pese a lo anterior el finalismo también le niega utilidad a la imputación en el terreno de los delitos culposos pues esta corriente dogmática considera que la *infracción al deber objetivo de cuidado* cumple satisfactoriamente los presupuestos necesarios para poder afirmar la atribución de un resultado lesivo a su autor<sup>188</sup>.
- III. Otros planteamientos más recientes afirman que el problema no es tanto la necesidad de plantear filtros objetivos en la tipicidad, sino que la *imputación objetiva* debe ser reemplazada por el criterio de “dominabilidad objetiva”<sup>189</sup>.

Estas críticas en realidad pueden ser descartadas señalando, primero, que el hecho de que en sede del dolo se puedan solucionar muchos casos que se resuelven en la imputación objetiva, no convierten ésta en un criterio innecesario o redundante, puesto que precisamente lo que se busca con ella es depurar el análisis de casos para que solamente lo jurídicamente desaprobado pueda ingresar en el contexto posterior de análisis. Ahora bien, en cuanto a las similitudes de la infracción al deber objetivo de cuidado y la imputación objetiva es obligado concederle parcialmente la razón a la crítica que de tal aspecto se ha llevado a cabo, dado que no puede concebirse una infracción al deber objetivo de cuidado que no sea al tiempo la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Sin embargo, la solución no estaría en la eliminación de la imputación objetiva sino en el reemplazo de la autonomía de ese particular criterio de atribución de comportamientos imprudentes, por el de *creación de riesgos jurídicamente desaprobados* en donde la infracción al deber objetivo de cuidado sería una fuente más de esos riesgos no permitidos.

En lo relativo a la tercera de las críticas según la cual es posible cambiar el criterio de la imputación objetiva por el de dominabilidad objetiva, tal situación es completamente inaceptable dado que aun cuando este último serviría, al igual que la teoría de la adecuación, para solución de los casos de *versare in re illicita*, lo cierto es que su estructura en sí misma sería insuficiente para la

---

188 HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la teoría de la imputación objetiva. En: Derecho Penal. Obras Completas. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005.

189 CANCIO, Manuel. Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva. Op., cit. p. 59.

fundamentación satisfactoria de la totalidad de eventos que la imputación objetiva logra resolver sin mayores inconvenientes.

Igualmente, desde otros sectores, se han realizado las siguientes críticas: *primero* que la teoría de la imputación objetiva, al utilizar conceptos como la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, lo que está realizando es una normativización velada del Derecho, que lo único que hará es abrir la puerta de la inseguridad jurídica<sup>190</sup>; *segundo*, que en realidad no constituye propiamente una teoría en todo el sentido de la palabra pues la imputación objetiva tan solo sería un rótulo en donde se agrupan las más dispares perspectivas limitadoras de la tipicidad, a pesar de que cada tipo penal mediante sus elementos descriptivos y normativos ya contendría los correctivos necesarios para restringir el espectro de su aplicación<sup>191</sup>; *tercero*, que la imputación objetiva lo que hace es anticipar los juicios de antijuridicidad confundiendo ésta con el tipo penal<sup>192</sup>; y *cuarto*, que la imputación objetiva a partir de su primer nivel de “creación de riesgo jurídicamente desaprobado”, confunde el juicio mediante el cual se atribuye un resultado a la acción de un autor, con el juicio de subsunción típica; esto es, el juicio mediante el cual se decide si un hecho es típico o no<sup>193</sup>.

En cuanto al peligro de normativización del Derecho Penal que comporta la teoría de la imputación objetiva, ningún argumento en su contra puede

---

190 FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: estado de la cuestión. En: ROXIN, Claus, et al. Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario de la Univesitat Pompeu Fabra). Madrid: Editorial Civitas, 2000. p.40, resumiendo la postura crítica de KÜPPER.

191 STRUENSEE “Acerca de la legitimación de la imputación objetiva como categoría complementaria del tipo objetivo”. En: El derecho penal de hoy, homenaje al Prof. David Baigún, Bs. As., 1995. p. 251 y ss. Citado en CANCIO MELIA/FERRANTE/SANCINETTI, Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva”. s.l.: Editorial Ad-Hoc, 1998. p. 39.

192 Así, por ejemplo, BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Imputación objetiva (Cuestiones metodológicas y sistemáticas). Bogotá: Editorial Temis, 1998. p. 19 y ss.; TORÍO LÓPEZ, Ángel. Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma. Estudios penales y criminológicos, 1985-1986. no. 10. p. 391 y ss. ISSN 1137-7550; y STRATENWERTH, Günther. Derecho Penal, Parte General I. El hecho punible. Madrid: Edersa, 1982, en la traducción de Gladys ROMERO de la segunda edición, núm. marg. 230. Esto por cuanto el pensamiento de dicho autor cambió en la cuarta edición traducida por Manuel CANCIO MELIA y Marcelo SANCINETTI y publicada por editorial Hammurabi, 2005 y reimpresión de 2016, p. 153.

193 Se adhieren a esta crítica: FRISCH, Wolfgang. Comportamiento típico e imputación del resultado. Madrid: Marcial Pons, 2004; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas). Madrid: Dentro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, 1995. p. 95 y ss; VIVES ANTÓN, Tomás S. Fundamentos del Sistema Penal. Acción Significativa y Derechos Constitucionales. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2011. p. 317.

ser esgrimido pues ello es completamente cierto. Sin embargo, no debe tenerse como algo negativo sino positivo, dado que los criterios ontológicos y meramente empíricos de la causalidad demostraron ser insuficientes a la hora de determinar cuándo un resultado estaba conectado a una acción y a su vez le pertenecían estos a una persona en particular, por lo que lejos de ser degenerativa la normativización del tipo penal termina siendo ella adecuada para la maximización de las garantías que se derivan de los principios limitadores del *ius puniendi*. Así mismo, respecto al temor que causa la generación de una posible inseguridad jurídica a partir de la imputación objetiva es viable afirmar que aun cuando ello pudo tener fundamento en el pasado, porque dicha teoría se encontraba aun proceso de elaboración germinal, hoy en día no tendría ninguna razón de ser pues ya existe bastante coincidencia en la ciencia del derecho penal a la hora de enunciar y aplicar los *criterios* de atribución de los comportamientos y sus resultados, al margen de los normales puntos de divergencia que siempre existirán en torno de cualquier teoría elaborada por los hombres. Es cierto, como enunció de presente líneas atrás, que hay mucha disparidad en torno al significado, alcance y función de este elemento del delito. Pero al margen de ello, también se expuso que existe una doctrina consolidada en relación con los criterios de atribución normativa y justamente ello es lo que brindaría la seguridad jurídica que los críticos echan de menos, sin que tal afirmación implique abandonar un proceso continuo de mejora que llegue a perfeccionar la sistematización de los requisitos de imputación objetiva hasta que se logre su completa madurez.

En torno a la supuesta vacuidad de la imputación objetiva y que más allá de ser una verdadera teoría es una agrupación de perspectivas distintas cuya utilidad es muy limitada y redundante por no hacer nada diferente a lo que ya realizarían los elementos normativos y descriptivos del tipo penal, es necesario contraargumentar dos cosas: (1) que entre el *juicio de subsunción* y el de *atribución* existen divergencias muy grandes (como se explicará más adelante) pero que en todo caso pueden fácilmente evidenciarse, comprendiendo que con base en el primero éstos se confrontan “hecho” y “supuestos de hecho”, mientras que con el segundo se valora si existe una *relevancia jurídica* de la conducta o del proceso causal que implique la asignación de los mismos como “obra suya” a un autor; y (2) es cierto que muchos elementos normativos parecieran llevar implícitos *juicios previos de imputación objetiva*, pero tal situación no conlleva

necesariamente el agotamiento de esta última en los primeros, dado que los criterios de “atribución normativa” son requisitos *generales* que todo delito debe cumplir al margen de las características particulares que cada descripción legal pueda tener, razón por la cual es posible *sumar* como criterios especiales de imputación objetiva determinados elementos normativos del tipo penal, al igual que hace con el dolo cuando a éste también se le suman los elementos subjetivos especiales que el legislador contemple en un momento determinado. Valga lo expuesto igualmente como refutación de la cuarta crítica elaborada principalmente por FRISCH al proponer su separación entre “conducta típica” e “imputación del resultado”, pues siguiendo a ROXIN tendríamos que:

“en esta separación no se tiene en cuenta que en la conclusión se trata **siempre** de la imputación o no imputación del resultado; al causante no se le imputa el resultado si de antemano se ha comportado adecuadamente, como tampoco se le imputa si el curso causal era especialmente extravagante. Y desde el punto de vista aquí defendido habla además en contra de la separación entre ‘conducta típica’ e ‘imputación del resultado’ el dato de que desvalor de acción y desvalor del resultado están indisolublemente vinculados entre sí (...): sin un resultado de muerte y su imputación no existe acción de homicidio ni conducta típica (...).”<sup>194</sup>

Por último, la “anticipación de los juicios de antijuridicidad” como crítica de la imputación objetiva es **completamente cierta**, más NO destructiva ni capaz de lograr censurarla, dado que tan solo correspondería al reconocimiento de una verdad que en general incomoda a los doctrinantes del Derecho Penal, quienes se encuentran aún anclados en el pasado, pretendiendo ocultarla entre sinuosas argumentaciones y retórica a pesar de que ella se resiste a continuar prisionera en su celda de anacronismos, pues grita a todo pulmón que con la aparición de la imputación objetiva se convirtió la antijuridicidad en una categoría dogmática innecesaria y redundante, cuya eliminación y reemplazo por aquella no será más que su resultado inevitable. Y justamente, lo que se

---

194 ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Op., cit. p. 365.

propone hacer en la presente investigación doctoral, es llevar hasta sus últimas consecuencias las implicaciones de dicha afirmación.

## **1.2 TOMA DE POSTURA EN TORNO AL SIGNIFICADO, ALCANCE Y NIVELES DE IMPUTACIÓN OBJETIVA**

### **1.2.1 Causalidad e imputación objetiva: fundamentos filosóficos de una relación problemática**

1.2.1.1 *Causalidad e imputación objetiva: ¿falacia naturalista? Una propuesta de clarificación desde la filosofía general:* la posición dogmática aquí esgrimida con relación a la causalidad empírica es que ésta se requiere como un elemento constitutivo del tipo penal objetivo, previo y adicional a la imputación objetiva, considerando así que ésta última no reemplaza a aquélla, sino que constituyen elementos de verificación de la tipicidad diversos con distintas finalidades. Así las cosas, para dar sustento a dicha afirmación pasaré a exponer los fundamentos filosóficos y de teoría del derecho que le dan sustento a tal posición, explicando inicialmente el principio de Hume o la falacia naturalista con el objeto de señalar si la posición viola o no tal constructo filosófico, para luego de ello poner de presente la fragilidad que de todas formas posee el mencionado principio de Hume desde los recientes estudios de la filosofía analítica con lo cual se podrá determinar que, si acepta como válido tal constructo, la tesis aquí expuesta no lo vulneraría de ninguna manera y si se acogen las posturas actuales de la filosofía general tampoco existiría argumento sólido para controvertir la necesidad de la comprobación causal a la hora de atribuir responsabilidad.

De esta manera, comiencese por decir que Ronald Dworkin en *Justicia para erizos* resume el principio de Hume o falacia naturalista de la siguiente manera: "(...) ninguna cantidad de descubrimientos científicos sobre el estado del mundo, ninguna revelación sobre el curso de la historia o la naturaleza última de la materia o la verdad sobre la naturaleza humana, puede establecer ninguna conclusión sobre lo que debe ser sin una premisa o supuesto adicional del deber ser."<sup>195</sup>

---

195 DWORNIK, R. *Justicia para Erizos*. México: Fondo de Cultura Económico, 2014. p. 34.

Así pues, desde Hume<sup>196</sup>, en el mundo filosófico, y desde Kelsen,<sup>197</sup> en la teoría del derecho, existe una completa separación entre el mundo fáctico, el de las ciencias empíricas, y el mundo de la cultura donde está lo jurídico, lo ético, lo moral, etc., sintetizándose todo ello en una máxima: a partir del “ser”, es decir de lo que “es”, no puede derivarse ningún “deber ser” y por lo tanto, postular un imperativo, esto es, un “deber ser” específico, basándose en que así “es” en la naturaleza, constituye una falacia argumentativa, un salto lógico inaceptable y en esencia un error grave de fundamentación. Un ejemplo puede ilustrar bien cuándo se incurre en dicha falacia argumentativa: recientes investigaciones históricas, biológicas y de psicología evolutiva han demostrado que mientras fue aumentando el tamaño del cerebro de los homínidos se privilegió un gasto de energía para éste, lo cual conllevó a su vez la disminución significativa de la capacidad muscular y la fuerza física que nuestros ancestros tenían, razón por la cual todas las personas deberían únicamente leer y jamás hacer ejercicio corporal dado que la naturaleza misma dice que lo correcto es hacer evolucionar la mente, no el cuerpo. Nótese cómo se intentó derivar una regla de comportamiento y un juicio de valor, un deber ser, a partir de un dato empírico-natural de la evolución humana, es decir, del ser o lo que es. Sin embargo, según el principio de Hume, una cosa no tiene que ver con otra y realizar ese salto argumentativo es lo que constituiría la falacia.

Precisamente los esquemas del delito causalista y finalista fracasaron rotundamente, a nivel filosófico, porque el piso argumentativo tenía como base de toda su estructura la derivación de un “deber ser” del sistema del delito y de las normas penales a partir de una específica manera como se hallaba configurada la realidad y la naturaleza. En el caso de los causalistas, quisieron copiar los sistemas de conexión causales y las leyes físicas, químicas, biológicas y naturales existentes en general, para la creación de un esquema de la conducta punible que fuera tan exacto como las matemáticas pero, por

---

196 HUME, D. Tratado de la naturaleza humana. México: Editorial Porrúa, 2005. p. 396.

197 KELSEN, H. Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho. México: Ediciones Coyoacán, 2008. p. 15 y ss.

diversas razones<sup>198</sup>, el sistema en su estructura original terminó por sucumbir completamente. Por otro lado, los primeros finalistas encabezados por el profesor alemán Hans Welzel fundamentaron y derivaron todas las categorías normativas del delito, el “deber ser”, de una serie de estructuras lógico-objetivas de naturaleza ontológica que estaban ubicadas en la realidad empírica, o lo que es lo mismo en el reino del “ser”, trayendo como consecuencia de ello su desmoronamiento.

Pero no solo se ha cuestionado desde este plano la filosofía welzeniana sino que como bien lo señala Mir Puig “tanto las corrientes hermenéuticas como las analíticas han abandonado la pretensión de captar esencias propias del ontologismo. De una u otra forma, se reconoce que la aproximación al mundo está fundamentalmente mediada por el lenguaje que se utiliza para referirse a él. Las palabras no son puros reflejos necesarios de las cosas, sino del modo de ver las cosas. Al dar nombre a una cosa se elige qué parte de la realidad cabrá dentro de ese nombre. Ni siquiera la realidad física decide antes del lenguaje dónde empieza una cosa y dónde comienza otra: la naturaleza no está dividida en las cosas que se distingue mediante palabras. El alcance y sentido de las palabras no viene impuesto, sino que surge por el acuerdo de los hablantes: es convencional.”<sup>199</sup>

A partir de este análisis podría pensarse que ésta posición en torno a la causalidad empírica como un elemento necesario del tipo penal es un error que incurre en la falacia naturalista explicada, puesto que pareciera como si de la existencia de la causalidad en el mundo empírico y naturalístico se estuviera derivando el imperativo conforme al cual debiera ser así también en el Derecho Penal y que por lo tanto los legisladores y doctrinantes estarían obligados a incluir la causalidad como un elemento del tipo penal. Sin embargo, ello no es así pues la tesis aquí expuesta puede ser clarificada mediante dos argumentos:

---

198 Entre las críticas más usuales que se le realizaron tendríamos las siguientes: (i) que no toda acción implica una modificación del mundo exterior; (ii) que omisión no se puede explicar a partir de la simple constatación de la realidad empírica sino a partir de valoraciones y no queda comprendida en el concepto de acción; (iii) que no siempre el tipo puede establecerse con base en criterio sólo objetivos y avalorados pues también allí son descritos elementos normativos y subjetivos; y (iv) que para la verificación de la antijuridicidad no es suficiente la constatación objetiva de esta, pues las causas de justificación exigen un aspecto valorativo y subjetivo. Al respecto puede verse: AGUDELO, Nodier. Curso de derecho penal (Esquemas del Delito). s.l.: Ediciones Nuevo Foro, 2013. p. 64 y ss.

199 MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo penal, en Derecho Penal del Siglo XX. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid: Escuela Judicial, 2007. p. 51.

(1) que hoy en día la falacia naturalista no es un concepto rígido y la imbricación “hecho/valor”, “ser” / “deber ser” hace que la dicotomía se desplome o admita al menos una vinculación contingente y casual entre tales conceptos; y (2) que la causalidad, como hecho empírico, no se considera un requisito de la tipicidad objetiva porque derive un “deber ser” de un “ser”, sino porque deriva ese imperativo de otro “deber ser” y no de un hecho empírico en sí mismo. En consecuencia, se dará desarrollo a las premisas o argumentos expuestos.

El primero de ellos consiste en mostrar que la falacia naturalista o el principio de Hume en la filosofía analítica y de la mente contemporáneas, respecto de la dicotomía hecho/valor, ser/deber ser, definitivamente se ha desplomado, como lo dice Hilary Putnam, o, en palabras de Searle, se ha convertido en una teoría insuficiente para explicar correctamente las diversas realidades del ser humano en las que dichos conceptos se encuentran en constante convergencia como lo sería el caso de los hechos institucionales que ahora se explicarán. En relación con Putnam su análisis se concreta en plantear que gran parte del vocabulario encargado de describir hechos se encuentra imbricado de usos normativos éticos, morales, jurídicos, estéticos y demás. Por ejemplo: la palabra “cruel” tiene usos<sup>200</sup> diversos de uno y otro lado, pudiendo ser empleado normativamente para emitir un juicio moral que califique a una persona [vgr. Él es una persona cruel] o de manera puramente descriptiva como cuando un historiador asegura que un rey o emperador determinado fue excepcionalmente cruel o que sus crueldades causaron gran cantidad de revoluciones<sup>201</sup>. “<<Cruel>> simplemente ignora la presunta dicotomía hecho/valor y se permite el lujo de ser empleado unas veces para propósitos normativos y otras como término descriptivo (de hecho, lo mismo ocurre con el término ‘crimen’). En la literatura filosófica, tales conceptos son llamados a menudo <<conceptos éticos densos>>.”<sup>202</sup> Esto le permite concluir a lo largo del texto que la dicotomía hecho/valor, entendida

---

200 “Recuérdese que la filosofía analítica referida proviene del segundo Wittgenstein quien en sus Investigaciones filosóficas [Parte I 1945, Parte II 1948-1949] y sus trabajos preparativos tales como las Observaciones filosóficas [1929-1930] y Los cuadernos azul y marrón [1933-1935], planteó que el lenguaje funciona en sus usos. No hay que preguntar, pues, por las significaciones; hay que preguntar por los usos. Pero estos usos son múltiples, variados; no hay propiamente el lenguaje, sino lenguajes, y éstos son formas de vida. Lo que llamados ‘lenguaje’ son ‘juegos de lenguaje’. [...] Lo único que hay son ‘similitudes’, ‘aires de familia’ que se combinan, intercambian, entrecruzan.” FERRATER, J. Diccionario de filosofía. Tomo IV. España: Q/Z. Ariel, 2012. p. 3766.

201 PUTNAM, H. El desplome de la dicotomía hecho/valor. Barcelona: Paidós, 2004. p. 49.

202 Ibid., p. 50.

como contraposición e imposibilidad de derivación de un “deber ser” a partir de un “ser”, no es absoluta aunque sí muy cuestionable pues su origen histórico y conceptual proviene de “una empobrecida concepción empirista (y más tarde en una igualmente empobrecida concepción lógico-positivista) de los hechos”<sup>203</sup>, debiéndose reconocer que “hechos y valores están <<imbricados>> hasta la médula” por lo que es necesario aceptar, si no el completo derrumbamiento de esos mundos y la posibilidad de derivar lo que debe ser de lo que es, al menos sí la porosidad de esas dos realidades, dada la evidente comunicación e implicaciones que existen entre lo normativo y lo empírico.

En cuanto a las razones que John Searle esgrime para considerar incorrecta la falacia naturalista, se tienen las siguientes: es posible derivar el “deber ser” a partir del “ser” puesto que existen múltiples contraejemplos del lenguaje en donde se evidencia sin lugar a dudas que ello es así. De esta manera, como prototipo de lo dicho, está la falsa dicotomía de enunciados descriptivos utilizados para comunicar lo que “es” versus los enunciados evaluativos empleados para expresar el “deber ser” pues pese a que los defensores del principio de Hume niegan cualquier confusión entre uno y otro se tiene que al proclamar un argumento como válido se está evaluando, “y sin embargo el enunciado de que es válido se sigue de ciertos enunciados ‘descriptivos sobre él. Las nociones mismas de lo que es ser un argumento válido, un argumento sólido, o un buen razonamiento, son evaluativas en el sentido relevante porque, por ejemplo, incluyen las nociones de lo que está justificado o se tiene derecho a concluir, dadas ciertas premisas.”<sup>204</sup> Así las cosas, la evaluación de validez de un argumento (su deber ser) depende de una comprobación fáctica del mismo (es decir, de su ser) resultaría viable asegurar que en estos casos un “deber ser” proviene de un “es”, deduciéndose de ello que la famosa falacia naturalista posee al menos un bache, una excepción significativa o inclusive la ausencia del fundamento necesario para seguir siendo considerada como correcta.

El otro argumento de Searle consiste en mostrar que partiendo de hechos brutos (acontecimientos físicos no construidos socialmente), como por ejemplo el hecho de que una persona emita un conjunto de palabras que podrían ser “por

---

203 Ibid., p. 63.

204 SERALE, J. Actos de habla. Madrid: Cátedra, 2009. p. 178.

medio de la presente prometo pagarte a ti, Pérez, veinte duros”<sup>205</sup>, es posible derivar un debe ser cuando se invocan hechos institucionales como en este caso sería la promesa, ya que mediante ella se generó una obligación; un deberá pagar lo prometido. Pero todo lo anterior tuvo sentido, explica Searle, gracias a la existencia de una regla constitutiva; es decir, de aquella que no regula simplemente un comportamiento, sino que crea o define nuevas formas de conducta consistente en que “hacer una promesa es asumir una obligación, y esta regla es una regla de significado de la palabra ‘descriptiva’ <<promesa>>. (...)”<sup>206</sup> por lo cual:

1. “La representación clásica no logra dar cuenta de los hechos institucionales.
2. Los hechos institucionales existen dentro de sistemas de reglas constitutivas.
3. Algunos sistemas de reglas constitutivas incluyen obligaciones, compromisos y responsabilidades.
4. Dentro de algunos de esos sistemas se deriva ‘debe’ a partir de ‘es’, siguiendo el modelo de la primera derivación.”<sup>207</sup>

Todo lo expuesto muestra que los últimos avances de la filosofía contemporánea han puesto en duda la fuerte dicotomía y separación que existía entre el “deber ser” y el “es” admitiéndose en general una porosidad del muro que los aislaba, permitiendo en consecuencia una comunicación armónica e inclusive la mutua derivación de uno u otro concepto. En ese orden de ideas, utilizar el principio de Hume y la separación entre los reinos del “ser” y el “debe ser”, desarrollado en la teoría jurídica por Kelsen como premisas básicas para cuestionar la inclusión de la causalidad empírica como un elemento independiente de la imputación objetiva, no tendría hoy por hoy respaldo filosófico alguno, a menos que se deseara ser anacrónico y contraevidente.

Ahora bien, en cuanto al segundo argumento de por qué se debe incluir necesariamente la causalidad como elemento del tipo penal objetivo, resulta

---

205 Ibid., p. 180.

206 Ibid., p. 180.

207 Ibid., p. 189.

ineludible aclarar que, si en gracia de discusión se deseará admitir como correcto y válido el principio de Hume a pesar de las consideraciones precedentes, de todas formas ese “debe ser” no se está derivando de ningún “ser”, por ejemplo la existencia misma de la causalidad en el mundo fáctico, sino de otro “deber ser” cuya ubicación se encuentra en dos fuentes básicas del Derecho: los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por la mayoría de países del mundo, y en un sin fin de Constituciones Políticas, de donde se extraen dos normas desde las que se evidencia que debe la causalidad empírica o natural constituir uno de los elementos integrantes del tipo penal objetivo. A continuación, se presentan dichas normas:

La primera norma dice que sólo puede ser declarada responsable una persona y en consecuencia penalizada cuando lleve a cabo la ejecución material de una conducta social externa. (Es lo que se conoce como la exigencia de un Derecho Penal de Acto o Principio del Acto<sup>208</sup>. Consagración positiva: art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y art. 29 inc. 2 de la Constitución Política Colombiana). Esta construcción normativa se obtiene al verificar que tales ordenamientos jurídicos de carácter internacional erigen como pilares básicos la dignidad humana, lo que implica la no instrumentalización de su persona sino considerarla un fin de sí mismo y acorde a sus actos, más la regla según la cual nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al “acto que se le imputa”, presumiéndola inocente hasta que no se la haya declarado judicialmente “culpable” (Art. 29 de la Const. Pol.) Así mismo, la CADH (art. 9 y el PIDCP art. 15.1) establecen, como parte del principio de legalidad, que nadie puede ser condenado sino tan solo por la realización de acciones u omisiones consideradas por la ley como delito con lo cual se terminaría ratificando la consagración de un derecho penal de acto y no de autor en dicha normatividad internacional.

La segunda norma establece como requisitos adicionales para que se pueda declarar a una persona como penalmente responsable, la consagración legal previa, estricta y clara de tales acciones u omisiones delictivas, lo que no sería nada distinto que la enunciación normativa del principio de legalidad.

---

208 Para un mayor desarrollo de este principio puede consultarse: FERNÁNDEZ, J. Derecho penal. Parte General. Principios y categorías dogmáticas. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2011. p. 173 y ss.

Siguiendo dicha lógica, ¿qué implicaciones tendrían las anteriores normas (deber ser) para la constitución del sistema de delito? Las siguientes:

En virtud del Derecho Penal de Acto sólo las conductas humanas activas u omisivas podrían ser penalizadas, descartándose en consecuencia que los simples pensamientos o hechos no humanos, o al menos dirigidos por estos, pudieran constituirse en delito. En tal sentido, la conducta podría definirse como todo comportamiento humano de acción u omisión, manifestado en el mundo exterior y ejecutado por una persona consciente y con voluntariedad; es decir, de forma dominable por ser además previsible y evitable. Ahora bien, en los casos de imprudencia, inclusive en la denominada sin representación, también se cumplen las condiciones de dominabilidad del hecho (consciencia y voluntariedad) por cuanto el sujeto que lleva a cabo la conducta deberá estar ejecutando una actividad controlable por su sistema nervioso central y no meramente periférico, aunque dirigida a causar un resultado diferente del que finalmente ocurra y que termine siendo lesivo de bienes jurídicamente protegidos. En este sentido, si se niega la voluntad como un componente propio de la definición universal de conducta no podrían diferenciarse las acciones imprudentes de los simples actos reflejos en los que tan solo existe intervención del sistema nervioso periférico y en los que, por ende, en realidad la voluntad se haya anulado. En consecuencia, bajo la perspectiva indicada ha de entenderse “voluntad” como algo diferente de “intencionalidad” o “intención”, siendo la ausencia de esta última la caracterización del actuar imprudente, entre otros elementos, y la inexistencia de la primera, la negación misma de la configuración de una conducta humana. De esta definición se rescata que toda conducta es un fenómeno físico indiscutible y por más que algunos funcionalistas radicales quieran reducirlo todo a normas incluidas en un sistema autorreferencial que no necesita del mundo exterior, jamás podrá negarse esta base empírica de la que está hecha la conducta<sup>209</sup>.

---

209 Una postura contraria la establece, por ejemplo, Frank BLECKMANN en su texto Derecho Penal y Teoría de Sistemas cuando afirma que “no existe la acción o el delito en cuanto estructura del ser de la realidad. Sólo existe el proceso de una producción social, históricamente variable, de estos fenómenos (sociales, es decir: de sentido) (...) En este sentido, no hay una realidad accesible detrás de la sociedad, sino que la realidad está en las propias operaciones de la sociedad, que crean su propia realidad comunicacional.” En: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coordinador). Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación. s.l. Universidad Externado: 2007. p. 393-394.

Ya en cuanto a la consideración de la conducta como un fenómeno físico, ello se desprende del hecho que todos sus componentes, según la definición de la misma, resulten ser empíricos y explicables a partir de diversas ciencias experimentales<sup>210</sup>, como la física, la biología, la genética, la medicina y la neurofisiología. De seguro en estos momentos puede llegarse a pensar que este concepto de conducta implica regresar al naturalismo causalista de finales del siglo XIX. Sin embargo, tal idea sería equivocada, ya que una cosa es comprender qué es la conducta empíricamente hablando y otra muy distinta qué es la conducta como elemento del tipo penal, y hasta ahora tan solo se ha explicado qué significa la acción o la inactividad, es decir, el comportamiento humano, desde el punto de vista empírico, con un objetivo: poner de presente que aun cuando el Derecho Penal tome la conducta y la normativice, nunca podrá desconocer que la base sobre la que construye tal concepto es una base empírica.

Lo anterior se puede entender mejor con una metáfora [: entre 1665 y 1667 el pintor holandés Johannes Vermeer realizó un hermoso cuadro llamado *Het meisje met de parel* (La joven de la perla o como otros la conocen: La Mona Lisa holandesa); un óleo en pequeño formato de 46,5 X 40 cm. Ésta magnífica obra pertenece a un género de pintura propio del barroco flamenco holandés llamado la *tronie* cuya característica es representar retratos en pequeños cuadros. En esencia, los pigmentos utilizados fueron blanco de plomo, amarillo ocre, bermellón, ocre rojo, verde tierra, sombra natural y azul ultramar, cuya paleta reducida y de colores casi puros, aunque llenos de múltiples matices, la convierte en una verdadera exquisitez visual.]

Pues bien, expuesto el ejemplo, es necesario proceder a distinguir la obra de arte como entidad cultural adecuada a una época, una corriente y un género pictórico, de su composición empírica como lo serían sus dimensiones, el lienzo empleado y los 7 colores utilizados con sus composiciones químicas. Sin embargo, aun cuando son cosas distintas imposible resulta negar la evidencia de una imbricación mutua puesto que no podría existir el hecho institucional del arte, en específico

---

210 Sobre la causalidad en la física moderna puede consultarse: ARANA, J. El problema de la causalidad en la mecánica cuántica. En: Revista de Filosofía Eikasi, marzo, 2012. Y en lo relativo a la perspectiva filosófica: BUENO, G. En torno a la doctrina filosófica de la causalidad. En: Revista Meta, Congreso sobre la filosofía de Gustavo BUENO (enero 1989), Editorial Complutense 1992.

de esa obra de arte, sin el hecho bruto o la base empírica que la acompaña. De esta manera, sería absurdo que un purista del arte, un normativista estético, asegurara que los juicios de valor son un mundo aparte que no necesita tener en cuenta la realidad empírica porque como bien se sabe si físicamente no hubiese existido el lienzo y los colores, pues tampoco habría existido la obra de arte. Se presenta entonces la metáfora: la conducta es como el lienzo y la paleta de colores que una vez tipificada se convierte en algo más allá de una realidad física; esto es, en una realidad institucional o jurídica, de la misma manera que en la cultura el lienzo y la paleta de colores se transformaron en una obra de arte.

Una conducta en su pureza es un fenómeno físico y una vez tipificado no deja de ser tal entidad, dado que al plasmarse en una ley como algo prohibido o castigable tan solo se están seleccionando, de todos los fenómenos físicos existentes, es decir, de todas las conductas, unos cuantos comportamientos de acción o inactividad, en virtud de: (1) el significado que en sí mismos tengan ellos en la realidad institucional, como ocurre con los delitos de mera conducta, vgr. la injuria o la concusión; y (2) en virtud de las transformaciones que tales conductas generen en la realidad física o institucional como ocurre con todos los delitos de resultado, vgr. el homicidio o el aborto. Y precisamente esas dos razones para la tipificación o selección de determinadas conductas bajo el cáliz de prohibidas, según el caso, junto con las otras como la lesividad o la exclusiva protección de bienes jurídicos, quedarán incluidas en los tipos penales como características encargadas de definir y enmarcar qué acciones u omisiones están penalizadas.

Al final de todo esto queda una conducta típica que por ser típica tiene unas características normativas muy específicas que la individualizan y la distinguen de cualquier otra clase de acción u omisión, pero también un fenómeno físico, dado que lo que se tipificó no fue una ficción o una quimera, sino una realidad empírica completamente verificable, tal y como cuando se hace un cuadro o una pintura en cuyos casos tampoco el artista realiza sus trazos en la nada o en el aire, sino en un lienzo cuya existencia no es ni cercano a lo ficcional.

Por ende, y teniendo en cuenta el principio del acto como un imperativo proveniente de los Tratados Internacionales y las diversas constituciones políticas que ordena convertir en punibles únicamente las conductas; y éstas

como se demostró, son fenómenos físicos que al tipificarse no pierden su esencia, aunque se normativicen, deberá cualquier legislación adoptar esa base física de la conducta como uno de los elementos configurativos del delito.

En cuanto al principio de legalidad, éste trae como consecuencia el proceso de normativización de la conducta. Así mismo, como derivación de uno de los imperativos que está implícito, se deben crear tipos penales o cualquier otro instrumento que sea adecuado para la abstracta, completa, precisa y clara descripción de las conductas que habrán de ser consideradas delitos, con todas sus características específicas. Ahora bien, respecto al lugar dónde debería ser incluida la conducta, con todos sus elementos físicos y normativos, según el principio de legalidad, es posible concluir que ella debiera aparecer en el tipo penal o en un instrumento análogo de descripción, por ser allí en donde se consagra el contenido de lo delictivo o lo que se considerará prohibido.

De igual manera, por derivación de estos principios de legalidad y de acto, se deduce también la necesidad de tipificación, para los casos en que se requiera, de las transformaciones físicas producto de las conductas seleccionadas como punibles. Es de aclarar así mismo que toda conducta tipificada producirá siempre una transformación en el mundo jurídico (principio de lesividad) y que para conectar ésta con aquélla se empleará la imputación objetiva. Sin embargo, cuando el tipo penal exija también un resultado empírico se requerirá, para conectar la acción con el resultado, tanto de un nexo empírico llamado causalidad como de uno jurídico llamado imputación objetiva en ese sucesivo orden.

De cada uno de los imperativos anteriormente expuestos se deriva la necesidad de que los tipos penales deban ser de una específica manera, siendo ella la abstracta descripción de conductas humanas bifocales; esto es, estructuralmente empíricas y normativas, sin anulación simultánea de un mundo sobre otro. No obstante, este culto a lo empírico podría asemejarse al que Welzel hizo de las estructuras lógico-objetivas en su radical ontologismo. Sin embargo, ello no es así pues entre esa línea de pensamiento y la acá expuesta existe una gran diferencia: para el genio alemán, la acción y la culpabilidad debían ser elementos de configuración del delito que a su vez debían ser calcados por el legislador, dado que como en la realidad física tales estructuras lógico-objetivas existían y eran así, El Derecho Penal tenía la obligación de incluirlas en su haber. Es decir,

del ser, Welzel derivó cómo el sistema jurídico penal debía ser. En cambio, la argumentación de esta investigación es diferente: la necesidad de incluir esos conceptos empíricos en un sistema del delito no se ha derivado del ser sino de un deber ser, consagrado expresamente en los Tratados Internacionales y las distintas constituciones políticas occidentales. O en otras palabras, como las máximas fuentes del Derecho obligan a que la penalización deba ser de una cierta manera, se deriva que los sistemas jurídicos penales o de delito deban ser de esa manera y no de otra; es decir, empíricos y normativos, razón por la cual el mundo del ser ingresa a través de una porosidad que el mismo deber ser originó. Aunque, como se vio líneas atrás, si en últimas se hubiera derivado el deber ser del ser tampoco se habría incurrido en ningún desfase pues la falacia naturalista de Hume desde la filosofía analítica contemporánea ha perdido actualidad y se considera esencialmente equivocada.

Ahora bien, llevando las anteriores consideraciones a los temas de causalidad e imputación objetiva se tendría lo siguiente: la conducta tipificada, así como el resultado tipificado son, al tiempo, empíricos y normativos razón por la cual es necesario establecer entre ellos puentes de conexión válidos y pertinentes que abarquen ambos mundos. Son por estas razones, que la búsqueda de nexos omnicomprendivos resulta completamente inútil, dado que una conexión meramente ontológica o puramente jurídica termina dejando inconcluso alguno de los presupuestos necesarios para la configuración del Delito en cualquier ordenamiento penal.

Así las cosas, debe entenderse que el Delito no es únicamente onticidad, pero tampoco exclusiva normatividad, constituyendo una y otra una serie de agregados insuficientes a nivel individual, pero necesarios en su concurrencia para afirmar la responsabilidad penal, razón por la cual, y derivado del análisis realizado líneas atrás, que tanto la causalidad como la imputación objetiva son elementos indispensables para establecer el compromiso criminal de un individuo por cuanto sólo podrá atribuirse un hecho a una persona como obra suya si y sólo si (1) empíricamente se encuentran conectados entre sí el resultado, la conducta y el sujeto a quien se le atribuyen los mismos; y (2) si a su vez normativamente puede decirse que hay una conexión jurídica que vincule resultado, conducta y ser humano (como partícipe o autor).

A continuación, se muestra la notación lógica de lo explicado y su correspondiente representación gráfica para delitos de resultado:

**Gráfica 2.** Notación lógica de delitos de resultado

$$\begin{aligned}
 At &= Abe \wedge Anc \\
 Rt &= Rbe \wedge Rnc \\
 TO &\leftrightarrow At \cap Rt
 \end{aligned}$$

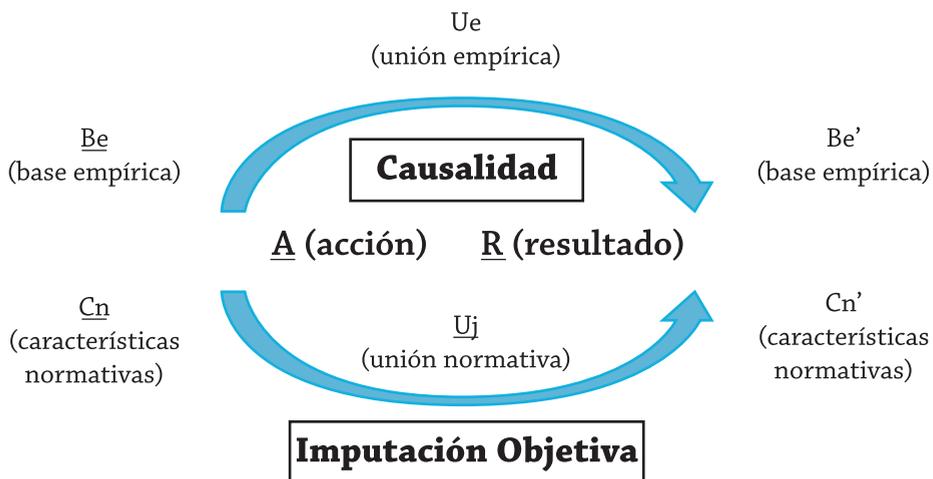
Entonces,

$$TO \leftrightarrow At \cap Rt = C [Abe \cap e Rbe] \wedge IO [Anc \cap j Rnc]$$

Fuente: Propia

Es decir: la Tipicidad Objetiva [TO] de un hecho se presenta **si y sólo si** [ $\leftrightarrow$ ] la Acción Típica [At] se encuentra unida, vinculada o conectada [ $\cap$ ] a un Resultado Típico [Rt], lo que sería igual [=] a la suma de la Causalidad [C] – como producto de la Base Empírica de la Acción [Abe] unida empíricamente [ $\cap$ ] a la Base Empírica del Resultado [Rbe] – y [ $\wedge$ ] la Imputación Objetiva [IO] – como producto de la vinculación jurídica [ $\cap$ ] entre la Acción normativamente caracterizada [Anc] y el Resultado normativamente caracterizado [Rnc].

**Gráfica 3.** Relación lógica entre causalidad y la imputación objetiva



Fuente: Propia

De igual manera, es posible traer a colación un argumento adicional para la *necesidad de la causalidad empírica* y es la *función del Derecho Penal*. Para tales efectos, se sigue a Santiago Mir Puig quien desde la teoría de John Searle sobre la *Construcción de la realidad social*<sup>211</sup>, realizó un interesante análisis en torno a lo imprescindible que resulta no abandonar la realidad física como base de la realidad jurídico-institucional:

“De este planteamiento me interesa destacar lo siguiente: 1) Todo hecho social, incluso los más complejos, como los institucionales, requiere alguna base física. En la terminología que solemos usar los penalistas: no hay nada puramente normativo. 2) Todos los hechos institucionales tienen algo de normativo, puesto que presuponen reglas constitutivas que son las que les atribuyen su sentido específico. 3) Las normas jurídicas son hechos institucionales creados por los legisladores que a su vez operan

---

211 La obra de Searle presenta un contraste con relación al enfoque de *La construcción social de la realidad* de Berger y Luckmann. Aunque el prologuista de la versión española de la obra de Searle dice que el título de su libro es un “remedo y una enmienda”, se coincide con Giraldo Chavarriaga cuando afirma que “*la oposición de Searle no es contra el construccionismo de base, sino contra la extensión de aquello que identifican los construccionistas como objeto de la construcción, a saber, la realidad total y no, más circunspectamente, la realidad social. Más adelante podrá valorarse la justicia de esta apreciación. En cuanto a lo social, lo que para Berger y Luckmann es el agente que adjetiva toda construcción, para el otro es el adjetivo que califica la única porción de la realidad que puede efectivamente ser construida por agentes sociales.*” En: *Hacia una comprensión de la realidad social desde la teoría general de hechos institucionales*. CS No. 8, 415 - 454, julio - diciembre 2011. Cali - Colombia. De todas formas, ha recordarse con relación a la teoría de Berges y Luckman que la vida social posee dos dimensiones bien diferenciadas: una *objetiva* consistente en los hechos desnudos que ocurren en el mundo, y una *subjetiva* correspondiente a la realidad construida a partir de unos tópicos específicos desde los cuales se interpreta el derredor existente. Esos tópicos son llamados por la sociología como “recetas” o “tipificaciones sociales” cuya estructuración y génesis es la siguiente:

- Inicialmente los seres humanos se ven enfrentados con una serie de problemas y situaciones que exigen una oportuna respuesta. Entonces, bajo ese panorama se van edificando distintas soluciones, hasta que finalmente se acoge aquella “respuesta” que resulta ser la más exitosa en la consecución de una salida adecuada para el dilema presentado.
- Esta “solución”, escogida como la mejor, comienza a ser experimentada una y otra vez por los individuos en cada oportunidad que se vuelva a presentar la problemática inicial.
- Posteriormente, otros sujetos también deciden acoger la “solución” encontrada “*debido a su éxito o logros*” en situaciones y problemas similares a los que ya se habían presentados en la vida de los otros individuos. Con el paso del tiempo, esa fórmula de solución pasa a ser “*incorporada a alguna clase de proceso de enseñanza y aprendizaje formal o informal, con lo cual se extenderá y generalizará aún más su empleo*”. Ante ese panorama, la “fórmula”, la “solución” o la “respuesta al problema” es convertida en una “receta o tipificación social”, cuya utilización termina siendo generalizada por una amplia gama de individuos al ingresar en la vida social como un componente más de ella. (Los entrecomillados son citas que pertenecen al siguiente texto: SILVA GARCÍA, Germán. *Criminología. Teoría sociológica del delito*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Altos Estudios, ILAE, 2011, pág. 83)

como reglas constitutivas de otros hechos institucionales, como la asignación del status de delito a determinadas conductas, pero que pueden (y generalmente creemos que deben) operar también como reglas regulativas que tratan de influir empíricamente (y no sólo simbólicamente) en los comportamientos físicos y sociales de los ciudadanos. 4) Los seres humanos son el soporte físico y mental de los hechos sociales, incluidos los institucionales, cuya propia existencia se debe al acuerdo de seres humanos.

La combinación de elementos físicos y normativos que caracteriza toda realidad social debe tenerse en cuenta en todo análisis jurídico, empezando por el de la función del Derecho. Si todo hecho institucional se construye por la asignación de una función, el sentido del Derecho dependerá en primer lugar de la función que le atribuyamos. Aquí partimos de que el Derecho es una construcción humana caracterizada por la función de regular la vida de los seres humanos. También el Derecho penal tiene tal función. Hay diferentes formas de concretar esta función, que en última instancia dependen de la orientación política del Estado. En un Estado social y democrático de Derecho como el que consagra la Constitución española y que, con uno u otro nombre y distintos matices de importancia, es predominante en los países occidentales, corresponde al Derecho penal una función de prevención limitada de delitos, entendidos éstos como hechos dañosos para intereses directos o indirectos de los ciudadanos.

Esto presupone que asignamos al Derecho penal la función de influir en la realidad existente más allá del propio Derecho penal y de sus normas.”<sup>212</sup>

Y, por lo tanto, como el mismo *deber ser* del Derecho Penal proveniente de la Constitución Política exige esa influencia en la realidad material, tendrá necesariamente que hacer suyos los hechos brutos en los que ésta se basa para

---

212 MIR PUIG, S. Límites del normativismo penal., Op., cit. p. 51.

poder lograrlo. Si se aplica tal análisis a la *causalidad* se evidencia lo indispensable que constituye la integración al tipo penal de este conector empírico de la realidad naturalística en la que se basa la *acción* y el *resultado*, pues dicho proceso causal constituiría el presupuesto y la materia prima de la *imputación objetiva* para la determinación final de la tipicidad del comportamiento. Así pues, sin causalidad, la imputación objetiva no tendría nada que examinar y ningún juicio de valor jurídico podría emitirse, de la misma forma que sin lienzo no habría pintura y sin ella, tampoco habría obra de arte sobre la que emitir un juicio de valor estético<sup>213</sup>.

1.2.1.2 *Consecuencias: toma de postura*: En cuanto a la determinación del nexo causal se considera que la teoría correcta es la equivalencia de las condiciones ajustada por el correctivo de la fórmula de la condición adecuada según las leyes de la naturaleza pero enunciada de la siguiente manera: la causalidad es la afirmación de un vínculo material entre dos hechos, uno llamado acción y otro resultado, cuya comprobación (que es un tema ajeno a la teoría del delito y pertenece es al derecho probatorio) se hace, en cada caso concreto, a partir de una específica ley de la ciencia que rija para explicar el respectivo fenómeno factual. Igualmente, en torno al concepto de causa tendremos que esta podría ser definida como todo hecho pretérito de carácter empírico-naturalista que constituye la explicación de un resultado, por ser la condición necesaria de éste.

Ahora bien, ¿en qué medida y en dónde debe exigirse la causalidad?<sup>214</sup>  
Principalmente:

- I. En aquellos tipos penales donde se requiera por la ley penal para su consumación la verificación, por separado, de la “acción” y su “resultado” ya sea de forma expresa (como en el genocidio<sup>215</sup> en donde literalmente

---

213 Similar a esta postura es la de Juan BUSTOS RAMÍREZ cuando afirma lo siguiente: “En otras palabras, si no se quiere llegar a la conclusión de que el resultado aparece por generación espontánea y que él comprende ya la acción (con lo cual sería difícil entender la tentativa, los actos preparatorios, etc.), tiene que plantearse, como se dice que la causación no es criterio suficiente. Es decir, de todos modos se parte de un proceso causal y, por lo mismo, de un resultado causado, y de ahí que se trate de un proceso global totalmente objetivo.” (BUSTOS/LARRAURI. La imputación objetiva. Bogotá: Editorial Temis, 1998. p. 10.)

214 Para la formulación de este interrogante y su solución se sigue esencialmente a ESER y BURKHARDT. Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias. Op., cit. p. 105.

215 Colombia. Congreso de la República. Ley 599 (24, julio, 2000). Por lo cual se expide el Código Penal, Diario Oficial No. 44.097. Bogotá, 2000. Art. 101.

el legislador dividió la “acción de matar” del “resultado empírico lesivo” mediante la utilización del verbo rector *ocasionar* para la primera y la palabra *muerte* para el segundo) o de forma implícita (como en el homicidio<sup>216</sup> donde el codificador decidió fundir en una sola notación lingüística – *matarse* – la “acción” y el “resultado”, pero de la que es posible deducir fácilmente la tipificación tanto de la conducta destructiva de la vida como la consecuencia mortal que dicha actuación habría de conllevar). En estos casos, evidentemente, la relación causal tendrá que establecerse entre la “acción” y el “resultado” que naturalísticamente hayan sido desplegados por el autor del hecho y correspondan a los descritos por el tipo penal endilgado.

- II. En los denominados delitos *cualificados por el resultado* habrá de exigirse una relación de causalidad entre la “acción” del autor y el “resultado” que adicionalmente califica como más grave al tipo penal. Así pues, por ejemplo, en los casos de *Secuestro Extorsivo*<sup>217</sup> seguido de la muerte del sujeto pasivo, el legislador exige una relación causal entre: *primero*, la “acción” a través de la cual el sujeto activo priva de la libertad al sujeto pasivo y el “resultado” consistente en la efectiva anulación u obstaculización de la autonomía y posibilidad de locomoción del individuo, empleando para describir tales circunstancias una serie de verbos rectores que funden en una sola palabra la acción y el resultado al establecer como comportamientos punibles los siguientes: arrebatar, sustraer, retener y ocultar. En *segundo lugar*, también se exigirá como relación de causalidad *adicional* a la anterior el hecho de que “por causa o con ocasión del secuestro le sobrevengan a la víctima la muerte o lesiones personales”<sup>218</sup>.
- III. Igualmente, entre los distintos elementos individuales de un mismo tipo penal. Así, por ejemplo, en el delito de estafa la causalidad que deberá verificarse es la siguiente: “en primer lugar, entre la acción del engaño del autor y el error del engañado; en segundo lugar, entre el

---

216 Ibid., art. 102.

217 Ibid., art. 169.

218 Ibid., art. 170. no.10

error del engañado y la disposición patrimonial y, en último lugar, entre la disposición patrimonial del engañado y el perjuicio patrimonial producido por la disposición del afectado.”<sup>219</sup>

Asumir esta perspectiva teórica de la *condición adecuada a las leyes de la naturaleza* para establecer las tres relaciones acabadas de reseñar trae consigo numerosas ventajas frente a las múltiples objeciones que suelen prosperar respecto a las demás teorías causales así: (1) El *regressus ad infinitum* no se presenta pues cuando la causalidad llega a estudiarse y ya hubo un juicio de adecuación previo que seleccionó una acción y un resultado que tendrán tan solo que ser examinados para verificar si existió una vinculación material; (2) Los cursos causales hipotéticos en nada afectan la causalidad pues el hecho está calificado como pretérito y por lo tanto se evalúa lo que ocurrió y se seleccionó únicamente, no lo que pudo haber ocurrido; (3) No es tautológica porque con ella no está estableciendo una ley causal o una explicación anticipada de cada fenómeno, sino unas condiciones que ciertos hechos deberán cumplir para considerarse materialmente conectados; (4) En los casos de causalidad alternativa esta teoría niega su posibilidad material, pues si tenemos un factor causal que efectivamente ocurrió y a la vez se supone que otro pudo serlo, pero no lo fue, se estaría subrepticamente planteando otra forma de causalidad hipotética que no encuadraría en la calificación de hechos pretéritos. Por lo tanto, causal solo será el hecho pretérito que se constituya en la explicación del otro hecho pretérito; (5) En los casos de causalidad cumulativa la fórmula afirmará la causalidad del hecho pretérito unificado, por cuanto su sumatoria constituye la unidad explicativa del resultado; y (6) En caso de duda para la determinación de la causalidad por parte de la ciencia, y en consecuencia no se sepa con certeza si un hecho pretérito denominado acción constituye la explicación del otro hecho pretérito llamado resultado, habrá que acudir al *in dubio pro reo* y absolver a la persona enjuiciada. Pero esto es un tema de derecho procesal y no de teoría del delito. En esto, precisamente se puede establecer una ventaja frente a la *conditio sine qua non* ya que ella quería solucionar problemas jurídicos que hacían parte de la órbita del derecho procesal, a diferencia de la propuesta aquí realizada que distingue con claridad, qué es lo que se debe determinar en el nexo causal y qué no.

---

219 Eser, A. & Burkhardt, B. Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias. Op. Cit. p. 106

Es cierto que con esta teoría muchos de los casos, cuya impunidad intuitiva es evidente, no tendrían tampoco su solución en el escenario de la causalidad, pero es que no la tendrían, no porque la propuesta falle, sino porque la justificación de la impunidad o imputación debe hacerse en otro escenario, como por ejemplo en el de la atribución jurídica. Así, en el caso del sobrino malvado que envía a su tío rico a recoger manzanas en mitad de una tormenta, éste no encuentra su atipicidad en el nexo causal, sino en el nexo jurídico, pues el vínculo empírico sí existe, dado que lo que en realidad falta es la imputación objetiva del resultado a su autor y no la causalidad.

En este punto es importante recordar que la imputación objetiva, aun cuando en sus inicios pretendió ser una teoría causal que superara a todas sus predecesoras, logró independizarse de tal forma que se convirtió en un elemento independiente y adicional a ella que hoy en día integra el tipo penal objetivo y resulta necesario para afirmar la tipicidad objetiva del comportamiento, pero sin que deba equiparársela con ésta. Así pues, comencemos por diferenciar conceptualmente varios significantes y la función que ellos prestan, para evitar de esta manera confusiones inútiles que tan solo distraerían la atención en lo fundamental:

La imputación objetiva es un elemento del tipo penal objetivo (de la misma manera que lo son la causalidad, el objeto material, los sujetos, la acción, el resultado, etc.) que exige para su configuración dos niveles: la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (que podría llamarse imputación objetiva de primer nivel o imputación objetiva del comportamiento) y la realización del riesgo en el resultado (cuyo nombre podría ser el de imputación objetiva de segundo nivel o imputación objetiva del resultado). A su vez el tipo penal objetivo sería una de las partes del “tipo penal” integrado por varios elementos entre los que se encontraría la “imputación objetiva” mientras que el juicio de tipicidad objetiva lo constituiría la operación mental a través de la cual se comparan los hechos investigados con los elementos del tipo penal objetivo para determinar si existe o no adecuación, subsunción valorativa o equivalencia entre ellos. En caso afirmativo, la consecuencia de dicho juicio de adecuación sería la “tipicidad objetiva” del hecho; y en caso contrario, la “atipicidad objetiva” del mismo. Al respecto es posible evidenciar la existencia de tres juicios de tipicidad objetiva: (1) un juicio de subsunción lógico; (2) un juicio de imputación fáctica o del hecho

empírico; y (3) un juicio de imputación objetiva, los cuales serán explicados más adelante.

Desde esta óptica la imputación objetiva buscaría determinar dos cosas: (1) si están vinculadas jurídicamente la acción típica y el resultado típico; y (2) si la totalidad de esa actuación puede serle imputada a una persona como obra suya. Para hacerlo se vale de los dos niveles antes referidos (como exigencias del mismo): la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la concreción del riesgo en el resultado como aspectos “positivos” de la imputación objetiva. De esta manera, el riesgo permitido, la prohibición de regreso, el principio de confianza, la falta de lesividad, la no concreción del riesgo desaprobado en el resultado, etc. serían en realidad la faz negativa de cada uno de esos niveles de atribución normativa y no los subniveles de los dos escaños de imputación referidos, por lo cual se constituirían en verdaderas causales de ausencia de responsabilidad como factores negativos de imputación objetiva al excluirse alguno de sus niveles. Ejemplificativamente, así como el dolo (compuesto positivamente por dos elementos uno cognitivo y otro volitivo) posee una contracara o faz negativa llamada “error de tipo invencible”, de la misma manera la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado como primer nivel de la imputación objetiva tiene, entre muchas otras, una contracara o faz negativa: el riesgo permitido. En consecuencia, así como aquél (el error de tipo invencible) genera atipicidad subjetiva, también éste (el riesgo permitido) produce la atipicidad objetiva del hecho y ambos, en últimas, serían entonces ausencias de responsabilidad.

Ya en cuanto a la diferencia de funciones que cumple la imputación objetiva respecto de la causalidad se tiene que, como ya lo dijera desde 1962 Enrique Gimbernat Ordeig, con la claridad mental que lo caracteriza, mediante el problema causal se han intentado dilucidar dos cuestiones: primero, saber qué puede entenderse por causa jurídico-penal, esto es, determinar “cuál es el comportamiento prohibido por la ley” por lo que “la causalidad aparece como el criterio decisivo para delimitar la acción típica de la atípica.”<sup>220</sup> En segundo lugar, con la causalidad también se busca comprobar o constatar la relación

---

220 GIMBERNAT, E. La causalidad en el derecho penal. Madrid: Anuario de Derecho Penal, 1962. fascículo III.

o vínculo material que existe entre la acción y el resultado. Sin embargo, la duplicidad de problemas a resolver asignadas a las teorías causales es lo que las convirtió en un verdadero caos, pues erraron al pensar que a la causalidad, que era un tema naturalístico y empírico, le correspondía decidir un tema de atribución y caracterización jurídica, que es normativo<sup>221</sup>. Por ello, siguiendo esta importante diferenciación, establecemos como precisiones conceptuales las siguientes: primero, que la causalidad material no está hecha para determinar cuáles hechos son causas típicas y cuáles no, sino únicamente para decir si un hecho específico fue causa o no de otro; y segundo, que el proceso de selección de las acciones y resultados típicos que como hechos serán examinados por la teoría causal para verificar si se encuentran vinculados materialmente, no lo realiza dicha teoría causal, pues para eso no está hecha sino para comprobar las conexiones empíricas, razón por la cual la escogencia de un hecho como acción típica y de otro como resultado típico dependerá de un juicio de adecuación que realice el intérprete basado en las caracterizaciones que el tipo penal le ofrezca frente a la realidad presentada, para que después de evaluada y afirmada la causalidad se pase a realizar un juicio de atribución jurídica a través de la imputación objetiva.

En ese orden de ideas se reitera que tanto la conducta tipificada como el resultado tipificado, tienen la misma dualidad característica de la luz que se comporta a la vez como onda y como partícula, aunque en este caso esa dualidad no es respecto a su comportamiento sino a su esencia: la conducta tipificada y el resultado tipificado son a la vez empíricos y normativos; o en lenguaje de Searle<sup>222</sup> hechos brutos<sup>223</sup> y hechos institucionales<sup>224</sup>. Ya en cuanto a la manera de conectar esos mundos se tiene que de forma inicial se debe establecer el nexo empírico mediante el mecanismo que la naturaleza en sus distintas ciencias nos brinda: la causalidad. Y luego se debe tomar ese material empírico y filtrarlo por lo jurídico para establecer el nexo normativo

---

221 Otra de las problemáticas es la de determinar si la relación de causalidad es un problema fáctico o jurídico frente a lo cual acogemos como correcta la posición según la cual los enunciados descriptivos son cuestiones de hecho y los valorativos y declarativos cuestiones de derecho. Al respecto ver: KRAUSE MUÑOZ, M. S. La relación de causalidad ¿*Questio Facti* o *Questio Iuris*?. En: *Revista de Derecho*. Diciembre, 2014. Vol. 27. no 2. 81-103 p.

222 SEARLE, J. *La construcción de la realidad social*. España: Paidós, 1997. p. 49 y ss.

223 Acontecimientos físicos no contruidos socialmente.

224 Son hechos a merced del acuerdo humano y según la función asignada por los hombres.

mediante una serie de criterios surgidos de tiempo atrás y llamados imputación objetiva. Si empíricamente no se diera dicha conexión, es como si, en el caso de un artista dispuesto a pintar nadie le entregara lienzo, pinceles, ni colores; sencillamente ahí todo acabaría. No se podría continuar el juicio de tipicidad y el comportamiento devendría en atípico. Del mismo modo, si la causalidad natural se establece, pero tampoco existe un vínculo jurídico por imposibilidad de imputar objetivamente el resultado o la conducta a su autor y enlazar normativamente de igual forma esos extremos, tampoco podría continuarse con el análisis de lo sucedido y los hechos investigados serían atípicos. Así pues, la causalidad cumple la función de conectar empíricamente los mundos como primer presupuesto de enlace y la imputación objetiva cumple la función de hacer lo mismo, pero normativamente hablando.

De esta manera, es evidente que ambos conceptos (causalidad e imputación objetiva) cumplen funciones diferentes y necesarias pues uno es el conector empírico de la realidad naturalística en la que se basa la acción y el resultado; y el otro es el conector normativo. El primero brinda la materia prima empírica que será analizada y valorada por la segunda para saber si le ha de pertenecer o no a una persona; para saber si, objetivamente (o mejor normativamente) puede serle finalmente atribuida. La segunda, en cambio valora lo que la primera describe. Así pues, desde este punto de vista, la imputación objetiva termina siendo un elemento jurídicamente valorativo y prescriptivo, mientras que la causalidad tan solo meramente descriptiva. Por ello, lo correcto es considerar que la causalidad, como elemento del tipo penal independiente de la imputación objetiva, es la afirmación de un vínculo material entre dos hechos, uno llamado acción y otro resultado, cuya comprobación se hace, en cada caso concreto, a partir de una específica ley de la ciencia que rijan para explicar el respectivo fenómeno factual.

Finalmente, culmina esta investigación con una definición de los tres juicios de tipicidad objetiva para evitar también cualquier tipo de nubosidad en torno a esta postura: el juicio de subsunción lógica es aquel conforme el cual se selecciona de la realidad empírica, en concreto, los hechos cuyas características se adecúan a los sujetos activo y pasivo, la acción típica y el resultado típico, realizando para ello un simple ejercicio de exégesis o comparación entre las cualidades normativas que en abstracto han sido descritas en los distintos

elementos objetivos del enunciado normativo de la parte especial del Código (verbo rector, elementos normativos, etc.) y la realidad empírica. Este primer paso es fundamental porque la realidad seleccionada es dual: empírica y normativa, y sobre cada uno de esos extremos vendrá a continuación un juicio posterior de valoración, razón por la cual a partir de este primer juicio es que se obtiene el objeto de valoración natural y jurídica. Como puede verse, la selección de la acción típica y del resultado típico no se hace en la causalidad ni en la imputación objetiva y por pensar lo contrario es que tantos desvaríos trajo consigo la construcción de esos dos escalones de análisis. No puede perderse de vista que con este juicio no se busca saber si el hecho ocurrido le pertenece empírica y normativamente al sujeto activo, sino tan solo seleccionar el material con el que en un análisis posterior (causalidad e imputación objetiva respectivamente) se determinará tal circunstancia. Es de aclarar que conforme la postura aquí esgrimida la causalidad y la imputación objetiva no hacen parte del juicio de subsunción porque aun cuando integran el tipo penal, esta implica un ejercicio de encuadramiento, comparación o adecuación, mientras que la causalidad y la imputación objetiva, un ejercicio de relación o determinación de conexiones.

En lo atinente al juicio de imputación fáctica o del hecho empírico, una vez seleccionados el sujeto activo y pasivo, así como los hechos constitutivos de acción y resultados típicos se pasa a realizar un juicio de doble atribución:

- I. Atribución empírica de la conducta: mediante este subnivel se busca afirmar que el hecho pretérito configurativo de la acción típica fue generado por el sujeto activo.
- II. Causalidad: según se vio desde este subnivel se establece si el hecho pretérito configurativo de la acción típica constituye la explicación del hecho pretérito constitutivo del resultado, perteneciendo también este último, por lo tanto, al sujeto activo desde un punto de vista meramente empírico.

Por último, se lleva a cabo un juicio de imputación objetiva que consistiría en determinar cuándo la acción y los resultados típicos están conectados jurídicamente y a su vez pertenecen en virtud de la adecuación de éstos a una

serie de criterios normativos agrupados en dos grandes niveles: la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la realización de tal riesgo en el resultado, no olvidando que dicha imputación normativa aun cuando es necesaria para completar la tipicidad objetiva no constituye el reemplazo de la causalidad natural<sup>225</sup> pues tienen fines de atribución diversos e indispensables para satisfacer finalmente la responsabilidad penal. Hechos y normas conformando una misma cosa (el Delito) y no lo uno ni lo otro sino una nueva categoría que cabalga entre dos mundos cual lo hizo el lienzo y la pintura al conformar la obra de arte.

1.2.1.3 *Justificación de la toma de postura:* Para poder ofrecer una justificación a la toma de postura que se ha mostrado, es necesario responder al menos estas tres preguntas: (1) ¿Por qué la imputación objetiva es un elemento del delito y no simplemente un método de interpretación o un conjunto de principios para determinar el alcance de la norma penal?; (2) ¿Por qué la ubicación de la imputación objetiva es en el tipo objetivo y no en otro de los elementos del delito como por ejemplo la conducta o la antijuridicidad?; y (3) ¿Cuál es el fundamento teórico, constitucional, legal o filosófico de la imputación objetiva como elemento configurativo necesario del delito?

Al respecto se afirma lo siguiente: la imputación objetiva es en realidad un requisito común a todos los delitos establecidos como tales por el Código Penal. En consecuencia, aun cuando surgió como un conjunto de criterios dispersos que servían para acotar el alcance de los tipos penales y en ese sentido parecía más un método de interpretación, para unos, y una especie de *topoi*, para otros, lo cierto es que hoy en día la imputación objetiva es un verdadero elemento indispensable del delito consistente a la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la posterior realización de éste en el resultado. ¿Por qué? Porque los métodos de interpretación de la ley penal son *procedimientos* a través de los cuáles se busca hallar el significado de los enunciados normativos o, en otras palabras, un conjunto de operaciones mentales con las que se *atribuye* un

---

225 Una posición contraria que aboga por una causalidad de tipo funcional puede verse en: LAMPE, E. La causalidad y su función jurídico-penal, en La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2003. p. 59-96.

significado (o norma) a un simple enunciado normativo de carácter penal<sup>226</sup>. Así pues, en este punto reviste especial importancia la distinción que existe entre el *significante* (o enunciado normativo), el *significado* (o norma) y el *método* para extraer el segundo del primero (la interpretación), puesto que la *imputación objetiva* sería el *resultado* o el *producto* de la interpretación realizada a los distintos tipos penales existentes más la generalización sistemática que se efectúa de tales interpretaciones a través de la *dogmática jurídica*<sup>227</sup>. De esta manera, una cosa sería la norma que exige siempre para la afirmación de la tipicidad penal “la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y su concreción en el resultado” y otra cosa muy distinta el *procedimiento* (o método de interpretación) a través del cual se pudo llegar a esa conclusión, por lo que no sería viable asimilar la “imputación objetiva” (el producto<sup>228</sup>) con la operación hermenéutica para su obtención.

En idéntico sentido es rebatible la consideración de que ésta es una serie de *topoi* dispersos porque aun cuando en sus inicios la imputación objetiva funcionó bajo una excesiva casuística y diversidad de principios, estos se

---

226 PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón de. Razonamiento jurídico e interpretación constitucional. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Enero-abril, 1988. no. 22.

227 Es necesario aclarar que la **dogmática jurídica** tiene al menos tres significados: **(1)** es equiparable a la expresión *Ciencia del Derecho*, constituyendo por lo tanto un sinónimo de la misma [en este sentido lo es para ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 192; **(2)** es el “*método científico*” empleado de manera primordial y por antonomasia en el seno de la Ciencia Jurídica, pero sin llegar por esto a confundirse o identificarse con ella (acá prefiere hablarse en consecuencia simplemente de *método dogmático* para diferenciarlo de la *dogmática jurídica*. Ver esta postura en: MIR PUIG, Santiago. Introducción a las bases del derecho penal. Montevideo: B de F. s.a. p.151 y ss; y **(3)** es una serie de enunciados que se refieren a las normas positivas establecidas por el Estado y a la aplicación del Derecho, pero sin llegar a equipararse con su simple descripción, razón por la cual es posible asimilar en este sentido la dogmática jurídica con la *Teoría* o el *Sistema* construido a partir de la interpretación y armonización de los ordenamientos jurídicos; así para ALEXY, Robert. Teoría de la Argumentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 240 y ss.

228 En este punto es importante recordar que la “imputación objetiva” puede ser un “dogma” o “unidad simple” obtenida a partir del denominado **método dogmático**. Este último sería un procedimiento mediante el cual se interpretan los enunciados normativos contenidos en los textos legales estableciendo similitudes y diferencias, hasta reducir todo su significado a conceptos generales, categorías, unidades simples o dogmas, con los que sea posible elaborar luego una construcción lógica [es decir, una teoría], en la que cada uno de ellos encuentre su explicación, enlace y coherencia. Sin embargo, después de ese procedimiento será necesario compatibilizar la teoría obtenida con los principios constitucionales que existen en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que los mismos constituyen los límites al *ius puniendi* de un Estado.

fueron sistematizando y sintetizando hasta que finalmente la misma pudo definirse como un nexo jurídico entre la conducta y su autor verificable a partir de la tan citada creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y su posterior realización en el resultado. Es decir, ya no funciona éste elemento del delito bajo la metodología del “caso” sino a través de unidades simples y concretas de aplicación lógica completamente definidas.

Ahora bien, ya en cuanto a la **ubicación** de la imputación objetiva en el tipo penal y no en otra parte del delito se encuentra su justificación en el concepto de “tipo penal” que se tenga. Para ello será necesario remontarse un poco a su historia.

Como se recordará con Beling aparece la expresión *Tatbestand* o Tipo Penal para designar la mera descripción de un comportamiento cualquiera, pero sin que se llegara a incluir ninguna clase de valoración normativa<sup>229</sup>, es por ello que se decía que éste primer escalón del delito (o segundo si se considera como primero a la *acción*) era completamente neutral pues tan solo describía las conductas de los seres humanos. Sin embargo, esa absoluta neutralidad se vendría abajo con la doctrina de los neokantianos y principalmente con el descubrimiento que de los elementos normativos hiciera Merkel, pues con ellos se puso en evidencia que desde la misma parte especial del Código Penal donde se encontraban los tipos analizados ya el legislador incluía *valoraciones normativas* nada neutrales tales como “sin autorización”, “prohibido”, “ilegalmente”, o “manifiestamente contrario a la ley”, lo que llevó a replantear el concepto del tipo penal y su relación con la “antijuridicidad” a donde relegaban los clásicos toda la carga valorativa de contrariedad a la norma.

Así las cosas, hoy en día la mayoría de la doctrina considera que el tipo penal es una selección de comportamientos desaprobados por el ordenamiento jurídico y en consecuencia ilícitos. Desde esta perspectiva, si el tipo penal es un sector del gran conjunto de conductas antijurídicas, resulta inevitable entonces afirmar la necesidad de que exista en el mismo tipo penal y no en otra parte un **elemento identificador o caracterizador** de esa desaprobación

---

229 JESCHECK y WEIGEND. Op., cit. p. 262.

general; elemento éste que no podría ser uno distinto al de la imputación objetiva, pues la inclusión de ella en el tipo penal hallaría su razón de ser en la configuración misma del *tatbestand* que requeriría para estar completo de un elemento común a todos los delitos con el cual se estableciera esa característica de que la conducta allí descrita se encuentra jurídicamente desaprobada y no permitida.

En cuanto a los *elementos normativos* que contienen ciertos tipos penales es posible considerar que estos no son más que *criterios específicos o particulares* de imputación objetiva cuya relación con ella opera de la misma forma que lo hace el elemento subjetivo especial con respecto al dolo, donde éste último sería el criterio general de los delitos dolosos mientras que los *ingredientes subjetivos especiales* serían la particularización de la intención exigida por el legislador en algunas conductas punibles. Así mismo, es importante en este punto no confundir entre el “juicio de subsunción” y la “verificación de la imputación” pues como lo explica acertadamente Santiago Mir Puig ésta última “permite la conexión del resultado típico a una conducta que se encuentre con él en una determinada relación que permita vincularlo a aquella conducta como obra de su autor” y, por lo tanto,

no deberían considerarse requisitos de la imputación objetiva los elementos típicos que no guarden relación con la posibilidad de establecer la mencionada conexión. (...) Estos elementos delimitan el alcance de la lesión o puesta en peligro tipificada, que se argumentó anteriormente constituye el objeto primero a imputar y debe distinguirse de las condiciones que permiten conectar (imputar) este objeto a un sujeto. La imputación objetiva no ha de equivaler a comprobación de todo el tipo objetivo, sino sólo a afirmación de las condiciones que permiten atribuir a un sujeto la lesión puesta en peligro descrita en el tipo mediante la exigencia de determinados elementos específicos.<sup>230</sup>

Finalmente, en cuanto a los **fundamentos** acerca de la necesidad de la *imputación objetiva* como un elemento configurativo de la responsabilidad penal se aprecia que éstos se encuentran en los principios limitadores del *ius puniendi* propios de la mayoría de los estados democráticos contemporáneos, según pasa a explicarse:

- I. *Fundamentos a partir del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*: Si se asume como válida<sup>231</sup> la *Teoría del Bien Jurídico*, debe comenzarse por definir éste a partir de dos enfoques<sup>232</sup>: a) uno de carácter político-criminal (o *lege ferenda*) cuya premisa establece que lo único que puede proteger el Derecho Penal son bienes jurídicos y no simples inmoralidades, convirtiéndose de esta manera dicho concepto un modelo normativo útil para la crítica legislativa. Y b) analizándolo como un concepto de tipo dogmático (o *lege data*) mediante el cual es precisado el objeto de tutela o protección de la norma penal, empleándose dicho principio como un criterio teleológico desde el cual habrán de interpretarse siempre los tipos penales y su alcance. Así las

---

231 Muchas han sido las críticas realizadas al bien jurídico entre las cuales se destacan: 1) No se tiene un concepto unánime y completamente satisfactorio de "bien jurídico" lo que desemboca en cierto relativismo valorativo que llega a ser perjudicial. 2) Esta teoría no logra explicar satisfactoriamente el fundamento de la penalización de los delitos de peligro abstracto. 3) Su función crítica no sirvió para nada en el régimen nacionalsocialista ni impidió que se crearan delitos que no protegían bienes jurídicos. 4) No se requiere siempre proteger bienes jurídicos para que el Derecho Penal edifique un orden legítimo. Tan solo basta con que se necesiten proteger meros intereses sociales, como en el caso del maltrato animal. 5) El catálogo de bienes jurídicos es impreciso y absolutamente variable, pudiendo desembocar en consecuencia en la arbitrariedad y una flagrante violación del principio democrático. 6) Las variaciones del concepto de bien jurídico y del catálogo del mismo son inconsistentes. Ello hace que además se abra una amplia puerta para preferencias subjetivas e idiosincrasias. 7) Carece en sí mismo de algún tipo de poder analítico a partir del cual puedan clasificarse los delitos o sea posible desarrollar la teoría del delito. 8) No otorga un criterio sustantivo (normativo) para decidir qué bienes jurídicos se protegen. Sin embargo, todas estas críticas pueden decirse que de cierta manera han sido superadas por un concepto de *bien jurídico* que se equipara con los *derechos humanos*, los *derechos fundamentales* y los *principios y valores constitucionales o convencionales básicos*, dado que de esta manera ya existiría plena certeza en el catálogo de dichos bienes jurídicos y su elección no sería para nada arbitraria puesto que el fundamento de su escogencia estaría anclado al principio democrático. Así mismo, carecería de peso la tesis de que el bien jurídico no brinda un parámetro normativo para decidir qué derechos – entre tantos – se deben proteger, porque obviamente esa no es la función de dicho constructo lingüístico sino el de los demás principios constitucionales, tales como la última ratio, la *fragmentariedad* y el de *lesividad*. Con el bien jurídico lo que se hace es establecer un marco o límite claro respecto a qué se puede proteger y qué no. Con posterioridad a ello y luego de levantar las fronteras de lo que se puede criminalizar habrá ahora sí que reducir aún más ese límite previo, pero para ello se acudirá a los otros principios constitucionales y no a éste.

232 MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites al *Ius Puniendi*. En: MIR PUIG, S. Estado, pena y delito. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012.

cosas, desde la visión político-criminal enunciada un “bien jurídico” sería *toda* realidad empírica o institucional de carácter objetiva, valiosa en sí misma, y que es protegida por el orden jurídico al ser necesaria para viabilizar el desarrollo armónico de los seres humanos<sup>233</sup>. En consecuencia, si analizan los bienes jurídicos usualmente protegidos, se encontrará que todos ellos poseen una “existencia efectiva” y no meramente ficcional, razón por la cual se ha decidido enmarcar a los mismos como *realidades objetivas* (es decir, como situaciones o acaecimientos que no dependen de la perspectiva aislada del sujeto). Sin embargo, tales bienes no son únicamente realidades empíricas, fácticas u ontológicas, como la vida o la integridad personal, sino que también lo constituyen el conjunto de hechos jurídicos, culturales, económicos o políticos socialmente construidos, que existen a “*merced del acuerdo humano*”<sup>234</sup>, como por ejemplo el orden económico y social -. De igual manera, ellos se rotulan bajo la etiqueta de “bienes” por considerarse que tienen un “valor” proveniente de dos caminos o vías: *primero*, la estima social generalizada que con el paso del tiempo los ha hecho valiosos en sí mismos; y *segundo*, la inexcusable necesidad de

---

233 Se propone la definición subrayada en negrilla, pero lo cierto es que muchos han sido los conceptos de bien jurídico elaborados por la doctrina, entre las que cabe destacar las siguientes: a) Síntesis ideológica entre el tipo y la cosa; MEZGER, Edmund. Derecho penal. Parte general. Buenos Aires: Valleta, 2004. p. 107; b) Realidad o fin útil para el desarrollo del individuo en el marco de un sistema social global [ROXIN. Derecho penal, Parte General, Op., cit. p. 56]; c) Disponibilidad del titular frente al objeto [ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho penal. Parte general. Buenos Aires: Ediar, 2000. p. 466.]; d) Realidad social concreta [BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán. Nuevo sistema de derecho penal. Madrid: Trotta, 2004. p. 32]; Condición de la vida social que afecta la posibilidad de participación del individuo [MIR PUIG. Derecho Penal, Parte General. Op., cit. p. 121]; f) Un valor abstracto del orden social protegido jurídicamente, en cuya defensa está interesada la comunidad y cuya titularidad puede corresponder a un individuo o a la colectividad [JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Granada: Editorial Comares, 2014. p. 274]; g) Es un interés, pero no todo interés alcanza la categoría de bien jurídico: este último requiere, además, que, por consistir en un derecho subjetivo de la persona o por cualquier otra razón, incluso la de tratarse de un sentimiento social legítimo, sea valorado positivamente por el ordenamiento jurídico [GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Presentación. En: HEFENDEHL, Roland. La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 15.]; h) El bien jurídico serían determinados contenidos axiológicos donados por las doctrinas de la persona y de la democracia liberal. En su máxima generalidad, el bien jurídico penal no es un bien cualquiera sino un bien del Derecho, esto es, un bien del ‘derecho justo’, llamando tal al que pretende la progresiva realización de un ‘orden justo’ en una democracia participativa que se funda en la dignidad, libertad e igualdad de todas las personas y en la indisponibilidad, por cualquier medio o procedimiento, de sus derechos esenciales [FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal, Parte General, Principios y categorías dogmáticas. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2011. p. 269].

234 SEARLE, John. La construcción de la realidad social. Barcelona: Paidós, 1997. p. 21.

su materialización para que sea posible el desarrollo armónico de las personas. Finalmente, la definición proyecta el carácter de “jurídico” en el hecho de que tales realidades han sido positivizadas como finalidades o circunstancias deseables protegidas a nivel de Cartas Políticas y Tratados Internacionales.

Ahora bien, ya desde el punto de vista dogmático-constitucional y como límite superior del *ius puniendi*, el bien jurídico debe concebirse como un *principio* conforme al cual el Derecho Penal; al prohibir determinadas conductas, asignándoles como consecuencias jurídicas, penas y medidas de seguridad, que no podrán jamás convertirse en delito (esto es, criminalizar) ni permitir que se sancione por parte de la función jurisdiccional algún comportamiento con el cual no se esté protegiendo un bien jurídicamente tutelado por la Constitución Política, el Bloque de Constitucionalidad o los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

Por supuesto es claro que, en su pureza teórica, el *Bien Jurídico* no es un principio constitucional, ni una norma legal o convencional, no pudiendo equipararse tampoco el catálogo de los “bienes jurídicos” con el de los “derechos humanos” o con el de los “derechos fundamentales”. Por lo tanto, afirmar que los *bienes jurídicos* son todas las *prerrogativas constitucionales de carácter fundamental* que provienen en la Constitución Política es sencillamente cometer una grave imprecisión, propia del desconocimiento de dicha teoría, salvo que cuando se hable de *Bien Jurídico*, como aquí se hace, referido a una *realidad objetiva* protegida constitucional y convencionalmente, no equiparable sinonímicamente con las disposiciones jurídicas en sí mismas sino con lo que protegen.

Sin embargo, y pese a lo expuesto, en el mundo de la *Teoría del bien jurídico* existen nuevas tendencias que buscan acercar el concepto de *bien jurídico* con el de los Derechos Fundamentales y los últimos desarrollos

del neoconstitucionalismo<sup>235</sup>. Sobre estas nuevas vertientes de la *Teoría del bien jurídico* el doctrinante Winfried HASSEMER afirma que existe

“Una tendencia tan acertada como prometedora cual es el reciente desarrollo de una conexión entre la tradición teórica penal y la jurídico-constitucional; vinculación que en verdad se ha producido demasiado tarde, que estaba pendiente hace tiempo. Estoy pensando sobre todo en los trabajos especializados de LAGODNY, STÄCHELIN y APEL que pretenden acercar los Derechos penal

---

235 Otros buscan en cambio su completo reemplazo. Por ejemplo, algún sector doctrinal plantea que los límites del derecho penal se encuentran, no en la teoría del bien jurídico, sino en el principio de proporcionalidad. En consecuencia, es posible afirmar que un legislador jamás podrá edificar como delito una conducta a través de la conminación legal, si dicha ley es desproporcionada. Al respecto ver: BUCHARD, Christoph. El principio de proporcionalidad en el “derecho penal constitucional” o el fin de la teoría del bien jurídico tutelado en Alemania. En: AMBOS, Kai y BÖHM, María Laura. *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*. Bogotá: Editorial Temis, 2012. p.41. Puntualmente él manifiesta lo siguiente: “el esquema de examen del TCFA analíticamente tiene más potencia que el concepto del bien jurídico; en particular, el criterio de la proporcionalidad establece una conexión directa con la doctrina de los fines de la sanción (en alemán: Strafwzwecklehre), la cual falta en la teoría del bien jurídico. El esquema de examen del Tribunal Constitucional también es más analítico y, por tanto, continuo, debido a que revela los problemas fundamentales del derecho penal de nuestros tiempos, siendo éstos la polivalencia del derecho penal y las ambigüedades de las sanciones penales.”

Sin embargo, ¿Es incompatible entonces el principio de proporcionalidad con la teoría del bien jurídico? Sí, pero únicamente con los conceptos que la teoría tradicional del bien jurídico ha construido, puesto que ella posee un trasfondo iusnaturalista que sería totalmente opuesta con la visión neo-positivista del derecho constitucional y el principio de proporcionalidad. Sin embargo, en Colombia el uso del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos entendidos como realidades objetivas equiparables a Derechos Fundamentales y Humanos, constitucionales y convencionales, no sería incompatible con el principio de proporcionalidad expuesto dado que, como en efecto ocurre en nuestras latitudes, el primer nivel de dicho principio llamado finalidad legítima se satisfecería precisa y únicamente con la exclusiva protección de bienes jurídicos puesto que si se creara un delito que no protegiera ningún tipo de bien jurídico tal ley sería ilegítima y en consecuencia totalmente desproporcionada, lo que devendría en una inevitable inconstitucionalidad del precepto creado por el legislador. Sobre esta posibilidad de compatibilización entre el principio de proporcionalidad y el de exclusiva protección de bienes jurídicos ROXIN, siguiendo de cerca otros autores, ha expresado: “*Tampoco es cierto que se pueda sustituir el principio de protección de bienes jurídicos por el principio de proporcionalidad, como parece imaginar, por ejemplo, WEIGEND cuando dice que como concepto crítico hacia la legislación, el bien jurídico es “inferior al topos, jurídico-constitucionalmente apoyado, de la proporcionalidad de las intervenciones estatales”*. Al contrario, lo que sucede es que ambos se complementan mutuamente, como se describe, correctamente, en el comentario de Schönke/Schröder: “*En el ámbito de la cuestión de qué finalidades pueden ser perseguidas con la legislación penal, la teoría del bien jurídico y los requisitos jurídico-constitucionales... se entrelazan; el principio de proporcionalidad en cuanto punto de referencia, a su vez, presupone un bien a proteger, para lo cual la teoría del bien jurídico puede ofrecer puntos de partida, sin que, con ello, sin embargo, se hubiera prefijado la conclusión a alcanzar después de un examen jurídico-constitucional.*” ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2013, no. 15-01, p. 01:1-01:27. ISSN 1695-0194.

y constitucional, haciéndolos mutuamente fructíferos; lo que en buena parte consiguen.”<sup>236</sup>

Pese a ello, subraya a renglón seguido que “la tradición de los derechos fundamentales, por su carácter reciente y actual, está menos elaborada teóricamente que las tradiciones penales.”<sup>237</sup> En consecuencia, las nuevas tendencias hablan de alimentación recíproca y no de equiparación de contenidos, situación distinta a la ocurrida en estas latitudes.

Sobre este punto, en el Derecho español el profesor Francisco MUÑOZ CONDE realiza la siguiente precisión:

“La doctrina del Derecho Penal a través de la teoría del bien jurídico ha convertido esos derechos fundamentales en bienes jurídicos a los que el Derecho Penal concede su máxima protección, castigando con los instrumentos sancionatorios más radicales y contundentes de cuantos dispone el Estado de Derecho las conductas que pueden lesionarlos o ponerlos en peligro.

(...)

Pero no todos los bienes jurídicos que protege el Derecho Penal tienen directamente el carácter de derechos fundamentales, en la terminología constitucional, sino simplemente el de derechos que igualmente reconoce la Constitución, como son la propiedad privada (art. 33) y la economía de mercado (art. 38), que dan lugar a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico del Título XIII, o principios rectores de la política social y económica que igualmente son objeto de protección a través del Derecho Penal.”<sup>238</sup>

---

236 HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? En: HEFENDEHL, Roland. La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 95 y ss.

237 Ibid., p. 95 y ss.

238 MUÑOZ CONDE, Francisco. Protección de los derechos fundamentales en el código Penal. En: Revista Derecho y Cambio Social. Rev. 022.

Por lo tanto, el “bien jurídico” visto por *la teoría* creadora del concepto tendría múltiples fuentes de origen y no tan solo la Constitución Política o los Tratados Internacionales. Así, por ejemplo, podrían enumerarse como fuentes de existencia del bien jurídico la naturaleza humana, los derechos constitucionales no fundamentales, algunos derechos humanos, ciertas pautas políticas o institucionales, entre otros, etc.

Desde la perspectiva expuesta del bien jurídico como *principio* ¿Qué fundamentos podría otorgarle a la imputación objetiva? Siguiendo a Claus ROXIN<sup>239</sup> si la función del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos el injusto jurídico-penal solamente podría ser edificado sobre la base de prohibir comportamientos que, de forma no permitida, lesionaran o pusieran en peligro efectivo dichos bienes jurídicos y cuyos resultados fuera la consecuencia o realización de dichos riesgos lesivos de los mismos.

Por ende, si un juicio de responsabilidad penal se realizara de espaldas a la teoría de la imputación objetiva, tendrían que castigarse también las acciones ausentes de todo riesgo, inocuas y en general no lesivas de bienes jurídicos pues la prohibición no tendría ningún tipo de freno y podría criminalizarse inclusive cualquier clase de comportamiento sin importar que el mismo hiciera parte únicamente del desenvolvimiento estereotipado de la convivencia humana, siendo ellos a todas luces una infracción al *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos* razón por la cual la relación directa que existe entre dicho parámetro político-criminal y la necesidad de *una imputación objetiva* como elemento indispensable en la configuración del delito.

En consecuencia, siguiendo una secuencia de tipo casi silogística podría sostenerse el *bien jurídico* como fundamento de la *imputación objetiva* de la siguiente manera:

- El Derecho Penal tiene asignada la tarea de garantizar una vida pacífica y segura a las personas, así como su libertad individual.

---

239 ROXIN, Claus. El principio de protección de bienes jurídicos y su significado para la teoría del injusto. En: *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*. Bogotá: Editorial Temis, 2012. p. 295 y ss.

- Ahora bien, los componentes que posibilitan esa libertad y la vida pacífica y segura de las personas se denominan *bienes jurídicos* al constituirse en realidades objetivas cuyo valor se deriva de: *primero* el bienestar que genera al ser humano la permanencia de tales realidades y *segundo* la posibilidad de coexistencia con los demás a partir de las mismas, adquiriendo a su vez el carácter de “*jurídicos*” dichos bienes por la protección normativa que mediante derechos fundamentales, derechos humanos y disposiciones similares realizan las constituciones políticas y los contratos sociales originarios de cada Estado para evitar su anulación o lesión.
- Sin embargo, el Derecho Penal no tiene como cometido o finalidad la protección de todo bien jurídico, sino únicamente los que revistan la mayor importancia (principio de fragmentariedad) y cuya protección por las demás ramas del ordenamiento jurídico haya fracasado [principio de última ratio], razón por la cual “*el Derecho Penal sirve para la protección subsidiaria de bienes jurídicos*”<sup>240</sup> (principio de intervención mínima o subsidiariedad).
- Lo anterior implica que para la configuración de un sistema de responsabilidad penal se requieran como elementos constitutivos y necesarios del delito derivados del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos: *primero* la creación de situaciones riesgosas o peligrosas para ellos; *segundo* la caracterización de los riesgos como “prohibidos” o “desaprobados” porque al ser la protección a los bienes jurídicos “subsidiaria” se parte del hecho que las demás ramas del ordenamiento deben haber tejido normativamente las conductas permitidas e ilícitas, razón por la cual solamente se prohibiría “superar los límites del riesgo tolerado”<sup>241</sup> o ejecutar una conducta cuyo riesgo nunca fue permitido; y *tercero*, si se criminaliza también el resultado y no únicamente la conducta causante, es necesario que dicho riesgo desaprobado sea el que se realice en el resultado prohibido.

---

240 ROXIN, Claus. Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania. En: Sistema del hecho punible/1. Acción e imputación objetiva. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2013. p. 419

241 Ibid., p. 419

- En conclusión, “de la concepción que sostiene la protección de bienes jurídicos se deriva la teoría de la imputación objetiva”.<sup>242</sup>

Adicionalmente Michael KAHLO pone de presente que el bien jurídico, al no ser un objeto de la naturaleza sino un vínculo real posibilitador de la libertad externa de las personas, conlleva considerar la causalidad como un parámetro y elemento insuficiente a la hora de adjudicar y describir “*el menoscabo de la realidad de una vinculación*”<sup>243</sup> por ser ella esencialmente naturalística y carecer además de la robustez jurídica necesaria para la evaluación y valoración de los riesgos como jurídicamente relevantes y potencialmente peligrosos para las relaciones valiosas o el actuar intersubjetivo propio de las prácticas sociales.

Respecto a la asunción del *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos* en Colombia como norma constitucional (cuya obligatoriedad se transmitiría también a la exigencia de *imputación objetiva* que se derivaría de aquél) es posible realizar las siguientes reflexiones: según el artículo 2, inciso 2, de la Constitución Política colombiana “las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

Ello significa que existen una serie de *realidades objetivas* tanto empíricas como institucionales que nuestra Suprema Carta Política protege de manera clara, extendiendo su espectro aún más cuando, en su artículo 93 establece que “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.”

---

242 Ibid., p. 421.

243 KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal. En: HEFENDEHL, Roland (Ed.) La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios *dogmático*? Madrid: Marcial Pons, 2016. p.61.

Así mismo, de forma adicional, agrega en el artículo 94 *Ibid* que “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”

Basado en ello, la Corte Constitucional ha expresado que en Colombia **es un principio constitucional vinculante y obligatorio el relativo a la exclusiva protección de bienes jurídicos** afirmando al respecto lo siguiente:

“En materia de tipificación de delitos y fijación de penas, la Corte ha entendido, además, que la ley penal constituye una severa restricción al ejercicio de los derechos fundamentales y a su vez un mecanismo de protección de los mismos, así como de otros bienes constitucionales, como, por ejemplo, el medio ambiente, el orden económico, la moralidad pública, etcétera. Así pues, únicamente pueden ser tipificadas conductas que afecten un bien jurídico con relevancia constitucional.”<sup>244</sup>

Desde esa óptica la Alta Corporación de Justicia ha examinado la constitucionalidad de diversos tipos penales utilizando como criterio determinante el *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, por lo cual resulta viable afirmar que el mismo se ha incluido como obligatorio en el ordenamiento jurídico y por ende también todas las consecuencias que de aquel se deriven, entre las que se encuentra la necesidad de exigir una *imputación objetiva* como parte del juicio de responsabilidad penal o afirmación de configuración del delito. Adicionalmente, si se atendiera a los imperativos mismos del legislador penal colombiano se develaría que todo lo expuesto podría soportarse además en el mandato contenido en el artículo 11 de la ley 599 de 2000, cuando para la estructuración de la

---

244 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-205-03., 11 de marzo de 2003. M.P. Clara Inés Varas Hernández.

conducta punible exige que se lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal<sup>245</sup>.

- II. *Fundamentos a partir del principio de culpabilidad*: Este principio es definido como un conjunto de exigencias realizadas al legislador y a los jueces de un Estado Social de Derecho, en virtud del cual se posibilite y requiera la imputación subjetiva y la dominabilidad del hecho como elementos necesarios para edificar la conducta punible, se excluya la responsabilidad por el mero resultado, se diferencien los grados de participación interna de los sujetos, graduándose la pena conforme a ello, y se exija la realización de un juicio de reproche al autor, hecho a partir de la determinación de su imputabilidad, motivación normativa y conciencia de la ilicitud.

De dichas exigencias, es particularmente destacable (para los efectos de esta investigación) la exclusión de “*las lesiones de bienes jurídicos producidas por casualidad o como consecuencia de un versari in re illicita*”<sup>246</sup>, lo que en otras palabras se conocería como el subprincipio de la proscripción (exclusión o prohibición) de la responsabilidad objetiva; esto es, por el mero acaecimiento de un resultado dañino. Y ello es así dado que,

“no es una persona cualquiera la que responde del resultado; en ese caso se trataría de un mero chivo expiatorio. Tampoco responde todo aquel que haya causado el resultado, **sino sólo aquella persona a la que se pueda imputar**. Todo resultado tiene un gran número de causantes, éstos a su vez o fueron ayudados por legiones de seres humanos, o éstas podrían haber impedido la realización del comportamiento causal. (...) No es la causación del resultado per se, sino la vulneración de la norma la que constituye la perturbación social.”<sup>247</sup>

---

245 En torno a las diferencias que existen entre el *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos* y el *principio de lesividad*, así como las razones por las que este último también le puede dar fundamento e incluso de **forma principal** a la *imputación objetiva*, véase el **capítulo II** de la presente investigación.

246 ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Op., cit. p. 219.

247 JAKOBS, Günther. El principio de culpabilidad. En: Estudios de Derecho Penal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 374.

En consecuencia, a partir del *principio de culpabilidad* también es posible fundamentar la necesidad de una *imputación objetiva* como elemento configurativo del delito dado que, adicional al simple acaecimiento del resultado, debe exigirse la ausencia de defectos cognitivos en el autor o partícipe cuando realizó el hecho (tales como la falta de dolo o el desconocimiento de la norma), pues la verificación de dichas circunstancias únicamente puede llevarse a cabo mediante la construcción de un procedimiento normativo (como la imputación objetiva) mediante la cual se determine quién es el competente para la evitación del resultado y quién no, más allá de la simple explicación biológica, física, química o empírica del curso causal natural ocurrido. Y esto es así por una sencilla razón: al constituirse los hechos adecuables al tipo penal objetivo en el contenido u objeto del dolo y del juicio de reproche surge a su vez la necesidad de edificar una figura legal que contemple para su realización la creación de riesgos jurídicamente desaprobados, ya que justamente por dicha desaprobación *ex ante* es que radica la posibilidad de que tales peligros sean controlables por las personas y tengan además la potencialidad de ser cognoscibles como prohibidos<sup>248</sup>.

---

248 De forma similar MIR PUIG realiza el siguiente planteamiento: “El Estado democrático de Derecho tiene que ofrecer al individuo la posibilidad de evitar la pena comportándose según el derecho, y ello no sucedería si, por ejemplo, cupiese castigar a alguien por hechos no realizados por él o que no pudiera prever o controlar con determinada racionalidad. Enlaza esto con la exigencia de cierta seguridad jurídica: el ciudadano ha de poder confiar en que, dirigiendo su actuación en el sentido de las normas jurídicas conforme a una normal racionalidad, no va a ser castigado. Todo ello sirve de fundamento a diversas exigencias ampliamente aceptadas hoy y que pueden considerarse presupuestas de la posibilidad de considerar a alguien como culpable. Tales exigencias son: (...) c) La exigencia de imputación objetiva del resultado lesivo a una conducta del sujeto.” En: Estado, Pena y Delito. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012., p. 202. Así mismo, también H.L.A. Hart, citado por FERRAJOLI, expresa que “el principio de culpabilidad garantiza la posibilidad de prever y planificar el rumbo futuro de nuestra vida partiendo de la estructura coactiva del derecho, asegurándonos de que incluso cuando las cosas van mal, como ocurre cuando se cometen errores o se producen accidentes, una persona que haya apuesto lo mejor de su parte para respetar el derecho, no será castigada.” En: FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Madrid: Editorial Trotta, 2014., p. 491. Igualmente, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR establecen que como parte del principio de culpabilidad se deriva la garantía acorde la cual “a nadie pueden imputársele acciones prohibidas (a) si no ha tenido la posibilidad – cuando menos – de prever el resultado de su conducta, pero tampoco (b) cuando no le haya sido posible conocer la conminación penal de ella y adecuar su conducta al derecho en la circunstancia concreta.” Ver: Derecho penal, parte general, Op., cit. p. 140.

Íntimamente vinculado con el principio de culpabilidad se encuentra la dignidad humana<sup>249</sup> que según Kant conlleva la atribución de responsabilidad de los actos a una persona cuando a ésta pueden serle imputados “como obra suya en cuanto ser racional”<sup>250</sup>, ya que de no ser así se correría con el riesgo de instrumentalizar al sujeto al no considerarlo un fin en sí mismo, sino tan solo un simple medio para la consecución de otros fines<sup>251</sup>. De esta manera, “la pena absoluta despliega su función, como se ha explicado, no en el mundo empírico, sino exclusivamente en el mundo inteligible, en el que participa la persona qua ser racional (homo noumenon)”<sup>252</sup>, por lo que en virtud de la dignidad humana y el principio de culpabilidad solamente la persona racional puede ser objeto del derecho penal y sujeto de imputación, para lo cual y en garantía de ese respeto a su racionalidad el Derecho Penal tendrá que consagrar como criterios de atribución la creación de riesgos jurídicamente desaprobados que, prohibidos *ex ante*, puedan ser evitados, controlables y conocidos de tal forma que logren, al menos de manera potencial, motivar el cumplimiento de la norma penal.

Sobre la constitucionalización del principio de culpabilidad en el ordenamiento jurídico colombiano, la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente:

“(…) el ejercicio del legislador en materia penal, debe seguir parámetros muy claros que se resumen en el respeto a los principios de necesidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos, estricta legalidad, de culpabilidad, de razonabilidad y

---

249 Así, por ejemplo, BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal, Parte General, Op., cit. p. 168.

250 Ibid., p. 202.

251 “El imperativo práctico será, pues, como sigue: obra de tal *manera que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin el mismo tiempo y nunca solamente como un medio.*” KANT, Manuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. México: Editorial Porrúa, 2010., p. 49.

252 LESCH, Heiko Hartmut. El concepto de delito. Las ideas fundamentales de una revisión funcional. Madrid: Marcial Pons, 2016., p. 39.

proporcionalidad<sup>253</sup>. (...) El deber de obrar conforme al **principio de culpabilidad** comporta el derecho penal de acto, valga decir, castigar a la persona por lo que hace y no por lo que es, desea, piensa o siente<sup>254</sup>; la configuración del elemento subjetivo del delito, pues no hay acción sin voluntad, es decir, sólo se puede castigar una conducta intencional, que es la hecha con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer<sup>255</sup>; y la graduación de la pena de manera proporcional al grado de culpabilidad.<sup>256-257</sup>

Así las cosas, como del *principio de culpabilidad* también se deriva la exigencia de *imputación objetiva* y aquél es un límite constitucional del *ius puniendi* de obligatorio cumplimiento<sup>258</sup>, se tendría que por conexidad inescindible dicha imputación objetiva hallaría, bajo la forma de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, un fuerte fundamento constitucional que le daría su razón de ser, máxime cuando éste ha sido consagrado expresamente en el artículo 12 del Código Penal al lado de dignidad humana como

- 253 Entre otras, COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no. C- 939 de 2002, 31 de octubre de 2002. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett; COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no. C-365 de 2012, 16 de mayo de 2012. M.P.: Jorge Ognacio Pretelt Chaljub.; COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no. C- 742 de 2012, 26 de septiembre de 2012. M.P.: María Victoria Calle Correa; COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no. C-239 de 2014, 09 de abril de 2014; COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no. 368 de 2014, 11 de junio de 2014. M.P.: Alberto Rojas Ríos.
- 254 [COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no. C-239 de 2014, 09 de abril de 2014] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no. 179 de 2016, 13 de abril de 2016. M.P.: Luis Guerrero Pérez; COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no. 616 de 2002, 06 de agosto de 2002. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa; COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no. 928 de 2005, 06 de septiembre de 2005. M.P.: Jaime Araujo Rentería; COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no. 077 de 2006, 08 de febrero de 2006. M.P.: Jaime Araujo Rentería.
- 255 [Cita de la sentencia C-239 de 2014]; Sentencias C-239 de 1997, C-616 de 2002, C-928 de 2005 y (CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no. 015 de 2014, 23 de enero de 2014. M.P.: Mauricio González Cuervo.
- 256 [COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no. C-239 de 2014, 09 de abril de 2014] ; COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no. 239 de 1997, 20 de mayo de 1997. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.
- 257 COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-829 de 14, 05 de noviembre de 2014. M.P.: Martha Victoria Sáchica Méndez.
- 258 Sin embargo, no siempre fue así pues “al igual que las otras garantías penales, o quizás más, este principio es también una conquista moderna ignorada por la mayor parte de los ordenamientos primitivos.” (p. 487). No obstante, el derecho penal romano sí alcanzó a consagrar en la ley de Numa Pompilio el principio de culpabilidad y responsabilidad personal, aunque este solamente alcanzaría a ser teorizado “por el pensamiento penal ilustrado para ser después reelaborado orgánicamente por la dogmática del XIX y codificado en todos los ordenamientos modernos. Lo que no quiere decir, empero, que haya sido una conquista pacífica y nítida.” FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Madrid: Editorial Trotta, 2014. p. 488.

normas rectoras que constituyen la esencia y orientación del sistema de responsabilidad penal, prevaleciendo sobre las demás y estableciendo parámetros y límites para su interpretación.

- III. *Fundamentos a partir del principio de legalidad*: Acorde con este principio no existirá delito ni pena alguna a menos que *previamente* una ley formal, escrita, estricta y cierta así lo establezca<sup>259</sup>. Las consecuencias que se derivan de dicho mandato de optimización serían las siguientes:
- a. La prohibición de retroactividad de la ley penal (de allí el carácter *formal* de la ley)
  - b. La prohibición de determinar qué conducta constituye delito a partir de la costumbre (justamente por la exigencia de una ley *escrita*)
  - c. La prohibición de determinar qué conducta constituye delito a partir de la analogía, es decir, mediante analogía *mala partem*, (por cuanto la ley debe ser *estricta*)
  - d. La prohibición de construir leyes anfibológicas, oscuras o equívocas dado que la ley penal tiene la obligación de definir y describir de manera expresa y clara las conductas que serán consideradas delito en un momento determinado (lo cual se deriva del carácter *cierto* de la ley penal conocido también como *principio de taxatividad* o *legalidad en sentido material*, art. 10 del CP)

Partiendo de este principio en Colombia solamente puede ser concebida una conducta como delito si encaja con las características que previamente el legislador penal haya consagrado para su estructuración en el Código Penal. Así pues, y siguiendo dicha lógica, se observa que para la

---

259 La consagración constitucional de este principio en Colombia aparece en el artículo 29, inciso segundo, de la Carta Magna cuyo tenor literal es el siguiente: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.” Dicho principio es reproducido de forma literal por nuestro Código Penal en su artículo 6.

configuración del delito el artículo 9° *ibídem* establece las siguientes reglas: “Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.” En ese orden de ideas, se concluye que la *imputación objetiva* en Colombia hallaría igualmente un fuerte fundamento en el principio de legalidad por cuanto su materialización implicaría incorporar todas y cada uno de las exigencias que la ley penal establece para la edificación del juicio de responsabilidad, siendo una de ellas, acorde al artículo 9 citado, la comprobación de la “imputación jurídica del resultado” más allá de la simple causalidad naturalística<sup>260</sup>.

Más específicamente, el principio de legalidad le da fundamento a la exigencia de que la “creación del riesgo” sea “**jurídicamente desaprobada**”, porque al prohibirse la existencia de un delito que previamente no haya sido tipificado como tal, se está a su vez ordenando que los *requisitos* que configuran la conducta punible estén claros y determinados previamente por la ley. Y es que, en virtud de tal imperativo, el ciudadano o la persona en general debe tener la posibilidad de conocer y discriminar qué riesgos puede ejecutar y cuáles están prohibidos, y para ello el único mecanismo disponible hasta el momento es la plasmación de reglas a través de leyes. Justamente, gracias a dichas leyes cualquier individuo puede saber con certeza si lo que desea hacer u omitir está permitido, prohibido o es jurídicamente indiferente, facultándolo para actuar con base en ese conocimiento. Si no fuera así, y la imputación objetiva únicamente estableciera como requisito la “*creación de riesgos*” sin adicionar la calificación de “*jurídicamente desaprobados*” se estaría en presencia de una fórmula vacía y ambigua que el Juez podría, cual legislador *de facto*, llenar acorde los palpitos de su corazón, generándose con

---

260 En una perspectiva similar la doctrina colombiana dice que “*el último elemento del tipo es la imputación jurídica del resultado al autor (art. 9 C.P.); no es posible atribuir la lesión de un bien jurídico a un sujeto, si entre el resultado y la conducta del mismo no existe una relación jurídica que permita cargar ese resultado como su obra. Precisamente a esa relación de atribución se denomina en la doctrina como ‘imputación objetiva’ y la ley penal ‘imputación jurídica del resultado.’*” GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. Teoría del Delito. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2003. p. 229. Igualmente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, nos ha dicho que “no han sido pocas las providencias en las cuales la Sala se ha valido, con base en el inciso primero cuerpo segundo del artículo 9 del Código Penal (según el cual «[l] a causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado»), de los criterios de la teoría de la imputación objetiva para solucionar problemas en el orden jurídico colombiano.” [COLOMBIA.CSJ, sentencia no. AP1487-2014, 27 de marzo de 2014. M.P. Eugenio Fernández Carlier]

tal posibilidad inseguridad jurídica y una flagrante violación del principio de legalidad que, según se dijo, impide situaciones como las descritas.

Igualmente, instituciones de la imputación objetiva tales como la “desaprobación general del riesgo”, “el riesgo permitido”, “el principio de confianza”, “la prohibición de regreso”, “el alcance del tipo penal”, etc., encuentran su razón de ser en un simple ejercicio de derivación lógica<sup>261</sup> a partir del requisito fundamental de “*creación de un riesgo jurídicamente desaprobado*”. No ocurre lo mismo, sin embargo, con la exigencia de “lesividad del comportamiento” como categoría dogmática y elemento de esa “creación de un riesgo jurídicamente desaprobado” puesto que el fundamento de aquélla proviene, ya no del principio de legalidad, sino del de lesividad que será desarrollado en el capítulo II de la presente investigación.

Más complejo, en cambio, es dar un fundamento al *segundo* requisito de la imputación objetiva y consistente en la “*realización del riesgo en el resultado*”. Empero, ello es posible a partir de la conjunción íntima entre el principio de legalidad, el principio de culpabilidad y el derecho penal de acto. Con base en el último el Estado solamente puede convertir en delito las “conductas” ejecutadas por los seres humanos o controladas por éstos. Naturalmente, con base en la esencial facultad humana de proyectar y

---

261 Se sigue en este punto la perspectiva de Jesús María SILVA SÁNCHEZ quien nos enseña que “*la aparición del sistema como elemento decisivo en el esquema de la argumentación dogmática obliga a distinguir diversos niveles, en los cuales ésta, naturalmente, debe adoptar una configuración sustancialmente diferente. (...) Así un primer nivel viene dado por la argumentación de la selección de premisas valorativas que sirven de fundamento al sistema (primera fase) y la argumentación de la construcción – y atribución de contenido – a partir de aquéllas, a las categorías básicas de dicho sistema. (...) Así mismo, incide aquí la discusión acerca de la distinción de una y otras categorías sistemáticas (distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, entre justificación y exculpación), así como sobre el concreto contenido asignado a tales categorías (por ejemplo, el contenido de la antijuridicidad o de la culpabilidad). El segundo nivel, todavía referido a la construcción del sistema, alude a la argumentación de la elaboración de conceptos y categorías de abstracción media: el dolo, el error, a la autoría y la participación, etc. Finalmente, en un tercer nivel podía ubicarse la argumentación en el seno de un sistema dogmática ya constituido, dirigida a fundamentar la adopción de soluciones en relación con conceptos y estructuras problemáticos, pero ya en el marco proporcionado por las categorías básicas y secundarias antes referidas.*” (Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, Op. cit. p. 270-271). En efecto, la **derivación lógica** de categorías macro ya consolidadas corresponde a la argumentación del segundo nivel y para lograr tal cometido se deben respetar las leyes básicas de la deducción: v.gr. Principio de identidad, no contradicción, tercero excluido, razón suficiente, etc. En cambio, la *fundamentación* de una categoría dogmática desde principios de política criminal correspondería a la argumentación del primer nivel que más que a la lógica obedece de cierta forma a una visión principalista y axiológica, atendiendo criterios de *razonabilidad* más que de *racionalidad*.

asignar consecuencias a los actos sabemos que normalmente las “acciones” desencadenan procesos causales que derivan en resultados de distinta índole. No obstante, el legislador con base en el principio de legalidad tiene la obligación de especificar en cada tipo penal claramente si desea criminalizar o no también el resultado además del acto que lo generó. Es este el origen de los delitos de resultado (empírico) que se diferencia de los delitos de mera conducta por la inclusión de las “consecuencias” como elementos adicionales y necesarios para la consumación de la conducta punible. Pero, como en virtud del *principio de culpabilidad* sólo se puede responsabilizar a una persona por lo que es “suyo”<sup>262</sup>, no será suficiente con que parte de los hechos investigados se adecúen al elemento típico denominado “resultado”, sino que adicionalmente ese “resultado” debe pertenecerle a su autor. Para ello, la causalidad buscará establecer como primer nivel una conexión empírica. Sin embargo, luego tendrá que entrar en escena una conexión jurídica y es así como a partir de la imputación objetiva es posible satisfacer este último presupuesto derivado de los principios de legalidad, culpabilidad y derecho penal de acto mediante la inclusión (para los delitos de resultado) de un *segundo* elemento o requisito de imputación objetiva: *la realización del riesgo en el resultado*. Ya el resto de elementos que componen este último escalón de atribución jurídica (tales como la “evitabilidad del riesgo”) se obtienen dogmáticamente por derivación lógica.

En consecuencia, la razón de ser de la imputación objetiva como un elemento indispensable para la configuración del delito se encuentra en los principios de

---

262 UGna garantía integrante del *principio de culpabilidad* es la “personalidad de las penas”. Así lo establecen claramente, por ejemplo: MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, Parte General. Op., cit. p. 125; y HASSEMER, Winfried. ¿Alternativas al principio de culpabilidad? En: Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Bogotá: Editorial Temis, 1999. p. 53., aunque con la salvedad de que le otorga un nombre distinto al de MIR PUIG denominando dicha garantía como “imputación subjetiva”; esto es, como la exigencia de una persona solo se juzgue por lo que él hace o es suyo pues todo delito sólo puede ser entendido como el producto de un ser humano. El profesor LUZÓN PEÑA lo denomina también *principio de responsabilidad personal*, pero lo considera un principio independiente (aunque relacionado) con el principio de culpabilidad. Ver: Derecho Penal, Parte General, Op., cit. p. 96.

política criminal<sup>263</sup> que la mayoría de las constituciones políticas democráticas han consagrado como límites jurídicos al *ius puniendi* o poder criminalizador del estado. Dichos principios constituyen<sup>264</sup> y definen el modelo garantista contemporáneo de la responsabilidad penal y “fueron elaborados sobre todo por el pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que los concibió como principios políticos, morales o naturales de limitación del poder penal absoluto. Y han sido ulteriormente incorporados, más o menos íntegra y rigurosamente, a las constituciones y codificaciones de los ordenamientos desarrollados, convirtiéndose así en principios jurídicos del moderno estado de derecho”<sup>265</sup>, razón por la cual la fundamentación de la imputación objetiva a la cual se llegó a partir de los mismos bien podría tener pretensiones globales más allá de lo meramente localista.

### 1.2.2 Los niveles de imputación objetiva: toma de postura

Los dos niveles que existen de imputación son: a) La imputación objetiva del comportamiento, definida como la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y b) La imputación objetiva del resultado, cuyo significado básico es la realización del riesgo en el resultado.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto hasta ahora se muestra el desarrollo de tales niveles:

---

263 La concepción de dichos límites al *ius puniendi* como principios político-criminales y no únicamente como categorías jurídico-normativas que interactúan de forma permanente y necesaria con la dogmática penal en: RUSCONI, Maximiliano. Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires: Editorial AD HOC, 2016. p. 127 y ss.; MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, Parte General, Op., cit. P. 104; ROXIN, Claus. Política criminal y sistema del derecho penal. Buenos Aires: s.n., 2002.; y, entre muchos otros, Diego-Manuel LUZÓN PEÑA quien ilustra esta postura con la siguiente afirmación: “Hay que destacar – lo que no siempre se hace – que estos límites que son principios fundamentales de política criminal, deben operar no sólo de lege ferenda, como exigencia y orientación al legislador penal, sino ya de lege lata, en la fase de aplicación, interpretación y sistematización del Derecho, conforme a la posición encabezada por Roxin (1970: cf. Infra 3/8 y 18 y s.) de hacer intervenir ya los fines y criterios de la política criminal en la Dogmática del Derecho Penal.” En: Derecho Penal, Parte General, Op., cit. p. 86.

264 Al lado de los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, culpabilidad y legalidad, existen muchos otros también fundamentales en el modelo garantista contemporáneo: Vgr. Principio de lesividad, principio de materialidad de la acción, principio de jurisdiccionalidad, etc., que no fueron desarrollados porque el fundamento de la *imputación objetiva* no se encontraría en ellos sino únicamente en las mencionadas prerrogativas fundamentales.

265 FERRAJOLI. Derecho y Razón, Op., cit. p. 93.

1.2.2.1 *Primer nivel: Creación de un Riesgo Jurídicamente Desaprobado:* En este primer escalón se buscará verificar si la conducta seleccionada por el intérprete responde a los parámetros normativos generales del tipo penal<sup>266</sup>. En palabras de Jakobs

“la teoría de la imputación objetiva del comportamiento aporta el material con cuya ayuda puede interpretarse el suceso puesto en marcha por una persona como acontecer socialmente relevante o irrelevante, socialmente extraño o adaptado, que socialmente ha de considerarse un mérito o, especialmente, que se destaca de modo negativo. Sin este material de interpretación, lo sucedido no es más que un conglomerado naturalista, o en el mejor de los casos algo que el individuo perseguía, un curso causal o un curso causal psíquicamente sobredeterminado; en todo caso, no es más que una amalgama heterogénea de datos que no han adquirido significado social. Sólo la imputación objetiva la convierte en algo comunicativamente relevante, en algo comprensible.”<sup>267</sup>

De esta manera a través de una serie de instituciones dogmáticas de origen netamente normativo se buscará mostrar el significado que una conducta ha tenido en el mundo valorativo del Derecho. Ahora, en cuanto a sus implicaciones pragmáticas se hace necesario aclarar un aspecto de trascendental importancia: la Imputación Objetiva del Comportamiento para los delitos de mera conducta y los tentados es pieza suficiente y única de afirmación de la totalidad de la imputación objetiva, constituyéndose por el contrario apenas en el primer nivel de análisis atributivo si estamos en presencia de los denominados delitos cualificados por el resultado.

La valoración general fundamental que emplea el Derecho Penal para poder afirmar la imputación objetiva de un comportamiento es **la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado o no permitido**, por la efectiva capacidad *ex ante* que posee una conducta para lesionar, por sí misma o a través de la materialización *ex post* de dicho riesgo en un resultado, el bien jurídicamente

---

266 Hay coincidencia en este punto con el doctor Manuel CANCIO MELÍA.

267 JAKOBS. Imputación objetiva, Op., cit. p. 28.

tutelado. La constatación o no de esa circunstancia normativa (valorativa) será la que determine la afirmación o negación de la Imputación Objetiva del Comportamiento. Como puede verse se anticipa que no son los conocimientos especiales o generales los factores claves de la imputación, sino una prescripción normativa muy clara: la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Y será a través de esa condensación prohibitiva que se valorará el comportamiento sometido a cuestionamiento por parte del intérprete.

1.2.2.2 *Segundo nivel: Realización del riesgo en el resultado*: Este nivel es aplicable tan solo para aquellos tipos penales que exijan un resultado empírico para su consumación. Así pues, la segunda exigencia para que pueda afirmarse el completo juicio de atribución objetiva es que el riesgo no permitido, creado por la conducta del autor, sea realizado en el resultado. Es decir que, tal y como lo ha señalado Jakobs, en este segundo escalón se efectuará un análisis explicativo del resultado lesivo producido.

De manera muy precisa lo plantea Jakobs así: “Un riesgo no permitido se realiza cuando para aclarar el daño se necesitan todos aquellos datos del suceso de los que se deriva lo no permitido del riesgo. Si no se necesita uno de estos datos, no se ha realizado la relación no permitida”<sup>268</sup>. Esa por supuesto es de las fórmulas más tradicionales que viene inclusive desde la época en que todos los supuestos eran remitidos al problema puramente causal.

Interesante resulta cómo el maestro alemán en este acápite explica que en cuanto a los procesos inadecuados la fórmula correcta es que un autor mediante un comportamiento no permitido desencadena un riesgo que se podría impedir de manera casual o por el azar evitando dicha conducta, pero sobre la cual no existe pleno dominio. Situación que por supuesto, implica un replanteamiento frente a la tradicional solución de falta de realización del riesgo por no hallarse el resultado cobijado dentro del ámbito de protección de la norma, ya que según Jakobs lo que realmente ocurre es que un riesgo especial no fue necesario para aclarar el curso causal originador del daño. Dentro de estos ámbitos está el ejemplo de la víctima de un apuñalamiento o disparo que muere minutos

---

268 JAKOBS. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, Op., cit. p. 274.

después en un accidente de tránsito camino al hospital o en el mismo hospital como consecuencia de un incendio.

Así mismo es importante comprender que la regla básica opera en aquellos supuestos en los cuales el riesgo no permitido acaece mucho antes de que se genere el daño. En tal sentido, se puede extender dicho riesgo de manera infinita en el tiempo debiéndose verificar realmente si aún persiste o no el riesgo no permitido o si por el contrario ahora se encuentra en presencia de un nuevo comportamiento que por ser ajustado a derecho hace impune la ejecución de la conducta.

1.2.2.3 *Los criterios de imputación objetiva*: A continuación, se pasan a enunciar los criterios de imputación objetiva que la presente investigación considera configuran el edificio de la misma. Sin embargo, los fundamentos y la explicación de cómo se desarrollan cada uno de dichos criterios será tema de los restantes capítulos.

**Tabla 2.** Criterios de imputación objetiva

<b>CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA</b>	
<b>ASPECTO POSITIVO O AFIRMATIVO DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA (Requisitos para que exista “imputación objetiva”)</b>	<b>ASPECTO NEGATIVO DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA (Casos en los cuales no existe “imputación objetiva”)</b>
<b>1. Creación de un riesgo jurídicamente desaprobado o imputación jurídica del comportamiento. Se presenta sí y sólo sí:</b>	<b>1. Ausencia de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado o falta de imputación jurídica del comportamiento. Se presenta cuando:</b>
a) Se <i>crea</i> el riesgo	a) Falta <i>creación</i> del riesgo por <ul style="list-style-type: none"> <li>Disminución del riesgo</li> </ul>
b) La conducta comporta en sí misma un riesgo, es decir, resulta lesiva para el bien jurídicamente protegido	b) Inexistencia del <i>riesgo</i> por <ul style="list-style-type: none"> <li>Ausencia de lesividad al tratarse de: (i) una conducta carente de peligrosidad por inidoneidad del comportamiento; (ii) una conducta de bagatela o insignificante; o (iii) una conducta socialmente adecuada.</li> </ul>

<p>c) Dicho riesgo se encuentra <i>jurídicamente desaprobado</i></p>	<p>c) Falta de <i>desaprobación jurídica del comportamiento</i> al tratarse de</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Un riesgo permitido que puede ser: (i) de tipo <i>general</i> si tiene como base una norma jurídica extrapenal; o (ii) de tipo <i>situacional</i> si tiene como base o fuente: 1) Una causal de justificación; 2) El principio de confianza; 3) La prohibición de regreso; 4) Una acción a propio riesgo; o 5) Una norma de cuidado proveniente de los reglamentos, la <i>lex artis</i> o la figura del modelo diferenciado.</li> </ul>
<p>2. Realización del riesgo en el resultado (exigido únicamente para tipos penales de resultado) o <i>imputación jurídica del resultado</i>. Se presenta sí y sólo sí:</p>	<p>2. Ausencia de realización del riesgo en el resultado. Se presenta:</p>
<p>a) Existe evitabilidad del resultado ocasionado</p>	<p>a) Al darse los casos de inevitabilidad del resultado porque (i) aunque se hubiese llevado a cabo una conducta alternativa conforme a derecho éste de todas formas habría ocurrido; (ii) porque el resultado terminó siendo el producto de un riesgo general de vida; o (iii) porque fue producto de una fuerza mayor</p>
<p>b) El resultado se encontraba cobijado por el fin de protección de la norma</p>	<p>b) Cuando el resultado NO se encuentra cobijado por el fin de protección de la norma jurídica</p>
<p>c) Existe previsibilidad del curso causal o del resultado</p>	<p>c) Un caso fortuito</p>

Fuente: propia



## CAPÍTULO II

### LA AUSENCIA DE LESIVIDAD COMO UN CRITERIO NEGATIVO DE IMPUTACIÓN OBJETIVA

#### 2.1 SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA LESIVIDAD Y SU AUSENCIA

##### 2.1.1 Distinciones iniciales

Las garantías del derecho penal, también llamadas principios limitadores del *ius puniendi* por el funcionalismo penal y la dogmática jurídica tradicional alemana y española, “*hacen parte de un dispositivo conceptual y político de control al poder y defensa de los derechos humanos, que suele designarse bajo el rótulo de garantismo penal. Con diversos matices entre cada ordenamiento jurídico, el núcleo de elementos que componen un sistema garantista fue descrito con magistral precisión y profundidad, entre otros autores, por Luigi Ferrajoli en su obra Derecho y Razón.*

*Ferrajoli distingue un conjunto básico de 10 axiomas que constituyen el código de racionalidad en el que se enmarca un derecho penal, concebido como último recurso del Estado y respetuoso de la autonomía y libertad de los ciudadanos, que reclama legitimidad en el uso de la fuerza, pues esta sólo actúa por la exigencia de proteger y asegurar los principales valores y principios del ordenamiento; y lo hace por cauces que operan como diques a la arbitrariedad o el uso abusivo del poder.”<sup>269</sup> De dichos*

---

269 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia no. C-191 de 2017, 29 de marzo de 017. M.P.: María Victoria Calle Correa.

axiomas merecen especial atención para la presente investigación dos de ellos que se encuentran íntimamente interconectados:

- A3 (Axioma 3) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*
- A4 (Axioma 4) *Nulla necessitas sine iniuria*

Con A3 se designa el denominado principio de *necesidad* o economía del derecho penal cuya formulación se realizaría por los grandes filósofos del derecho natural racionalista y del derecho penal liberal (GROCIO, PUFENDORF, BENTHAM, etc.) como un principio de “utilidad penal”. De esta manera pensadores de la talla de HOBBS afirmaron desde tiempo atrás que “una ley que no es necesaria, al carecer del fin que la ley se propone, no es buena”<sup>270</sup> y, mejor aún, el jurista Cesare BECCARIA, sería contundente al añadir que “prohibir una multitud de acciones indiferentes no es evitar los delitos que no pueden nacer, sino crear otros nuevos”<sup>271</sup>, razón por la cual la intervención del derecho penal debe darse únicamente cuando sea estrictamente necesaria y no exista otra manera de lograr solucionar el conflicto. Y ello es así, porque si el derecho penal tiene como finalidad la minimización de la reacción violenta del delito, asegurando la vida pacífica y segura de las personas y la maximización de las libertades, únicamente halarían justificación aquellas prohibiciones penales que fueran absolutamente necesarias y mínimas surgidas por la inexistencia de medios, similarmente eficaces y menos lesivos con los que pudieran obtenerse los mismos resultados esperados.

Sin embargo, más allá “*de la consideración utilitarista de la necesidad penal como tutela de bienes fundamentales no garantizables de otro modo*”, ¿cuál sería el fundamento de dicha necesidad penal? La naturaleza lesiva del comportamiento; esto es, los efectos que produce, siendo precisamente aquí donde entra en escena el A4 al plantear este axioma que no existirá la necesidad de una ley penal sin “daño” que la haga procedente. No obstante, esta premisa como se mostrará **más adelante** ha sido morigerada y, hoy en día, ya no se requiere la producción de un “daño” al bien jurídico para afirmar la existencia de una infracción penal pues resulta suficiente con que la conducta desplegada por la

---

270 FERRAJOLI. Derecho y Razón, Op., cit. p. 465.

271 Ibid., p. 465.

persona ponga en peligro efectivo el bien jurídicamente tutelado, aun cuando la lesión en estricto sentido finalmente no se produzca.

Pero, ¿es la lesividad un principio o una categoría dogmática? Y, además, ¿**se relaciona** de alguna manera con la teoría del bien jurídico o son expresiones sinónimas que en últimas designan lo mismo? Pues bien, comenzando con la segunda pregunta es importante distinguir el *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos* de la *lesividad*, por cuanto a partir del primero se establece el “contenido” de la protección, esto es, *qué se protege*, mientras que con la segunda se determina la “razón de ser” o el *porqué* de la tutela jurídico-penal de dichos bienes, delimitando a su vez *lo que se debe prohibir* (en el momento legislativo) y *castigar* (en el momento interpretativo y aplicativo del derecho penal; es decir, en la fase jurisdiccional). En consecuencia, aun cuando en la actualidad la lesividad y la expresión “bienes jurídicos” son términos que se asocian con tal frecuencia que parecieran fundirse en un solo, lo cierto es que son distintos y autónomos al punto que en una dogmática donde no imperase la *Teoría del Bien Jurídico* de todas formas subsistiría la *lesividad* bajo el axioma de *nulla lex poenalis sine iniuria*, pues este término de “*iniuria*” que los penalistas se traducen como “daño”, no significa necesariamente lesión o puesta en peligro tanto de bienes jurídicos (como mayoritariamente hoy se considera) sino que también podría ser *iniuria* de derechos fundamentales, de derechos humanos, de reglas jurídicas, o como lo fue en su orígenes de derechos naturales, etc.

Respecto a la caracterización de la *lesividad* como principio o categoría dogmática es necesario esgrimir una *tesis dualista* dado que, sin lugar a dudas, el axioma que la define constituye, en primer lugar, un mandato de optimización fundamental a nivel político-criminal y a nivel constitucional pues se encarga de fijar el espectro máximo de criminalización al posibilitar la conversión en delitos, **únicamente**, de aquellas conductas que tengan la capacidad o potencialidad de lesionar bienes jurídicos o al menos ponerlos en peligro efectivo de lesión. En segundo lugar, se verifica que éste principio tiene la propiedad a su vez de convertirse en una categoría dogmática en sede de la aplicación del sistema penal por parte del intérprete de la disposición jurídica adquiriendo la denominación tradicional de *antijuridicidad material*, como solía llamársele en el ayer, o de forma **más** moderna (aunque marcadamente equívoca por su identidad nominal con el principio) como *lesividad* sin que por ello se justifique una equiparación conceptual. Tan

es así, que inclusive el *principio de lesividad*, al igual que ocurre con la mayoría de principios – por su rango constitucional, no es ni siquiera privativo del derecho penal y en consecuencia su fuerza jurídica se expande más allá de dichas fronteras irradiando otras ramas del ordenamiento jurídico tales como, por ejemplo, el derecho disciplinario en el cual proyecta su contenido mediante la construcción de una categoría dogmática denominada “ilicitud sustancial”. En cambio, la *lesividad* o *antijuridicidad material* como elemento del delito (cuya ubicación en el esquema de la conducta punible será discutida en los siguientes acápite) es una categoría dogmática intrasistémica pues pertenece en exclusiva al derecho penal cumpliendo la función de ser uno de los requisitos necesarios para la afirmación del juicio de responsabilidad penal. Lo anterior de todas formas no significa que la *categoría dogmática de lesividad* anule la posibilidad de que el intérprete utilice directamente el *principio de lesividad* para la interpretación y aplicación del derecho penal, porque mientras que la primera es un requisito del delito que se agota con su verificación, el segundo tiene una función mucho más perdurable al orientar la comprensión y sentido de *todas* las categorías dogmáticas que configuran la conducta punible. De esta manera, el *principio de lesividad* tiene un alcance tan grande que en virtud del mismo y dado su rango constitucional<sup>272</sup> podría inclusive suministrar al intérprete los argumentos necesarios para que de la mano con el artículo 4<sup>273</sup> de la Constitución Política lograse inaplicar una disposición jurídica

---

272 “Si bien es cierto que el legislador goza de un margen de configuración normativa al momento de definir qué comportamiento social reviste tal grado de lesividad para determinado bien jurídico que merezca ser erigido en tipo penal, decisión política adoptada con fundamento en el principio democrático y que refleja los valores que rigen a una sociedad en un momento histórico determinado, este margen de discrecionalidad no es ilimitado, por cuanto el bloque de constitucionalidad constituye el límite axiológico al ejercicio del mismo, razón por la cual la definición de tipos penales y de los procedimientos penales debe respetar en un todo el ordenamiento superior en cuanto a los derechos y la dignidad de las personas, tal y como en numerosas ocasiones y de tiempo atrás lo viene señalando esta Corporación en su jurisprudencia. (...) El deber de observar la estricta legalidad comprende pues la obligación que tiene el legislador de respetar el principio de legalidad de las penas y de los delitos en sus diversas manifestaciones: 1 ) La prohibición de la analogía ( *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* ); 2 ) la prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena ( *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* ); 3 ) la prohibición de la retroactividad ( *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* ); 4 ) la prohibición delitos y penas indeterminados ( *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* ); 5 ) **el principio de lesividad del acto ( *nulla lex poenalis sine iniuria* )**; 6 ) el principio de la necesidad de tipificar un comportamiento como delito ( *nullum crimen sine necessitate* ) y 7 ) el derecho penal de acto y no de autor.” Y frente al caso concreto sentenció que “la absoluta necesidad de las leyes penales resulta condicionada por la lesividad para terceros de los hechos prohibidos, a la luz del principio *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*.” COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia no.C-205-03, 11 de marzo de 2003. M.P.: Clara Inés Varas Hernández.

273 COLOMBIA, CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 4, Inc. 1: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.”

contenida en el código penal por excepción de inconstitucionalidad<sup>274</sup> frente a un caso concreto al ser flagrantemente incompatible con el contenido mismo del principio de lesividad.

Según el maestro Juan FERNÁNDEZ CARRASQUILLA<sup>275</sup> este principio lesividad implica: (1) La obligación de imponer solamente penas justas; esto es, razonablemente proporcionada a la gravedad del daño real o potencial que busca ser prevenido. Justamente, y siguiendo dicha lógica, el Código Penal colombiano del año 2000, en el inciso tercero del artículo 61 consagra que “*establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: (...) el daño real o potencial creado*”; (2) Toda pena tendrá que ser estrictamente necesaria tanto social como político criminalmente, lo cual estaría consagrado como principio de la sanción penal independiente en el artículo 3° del CP; (3) La pena a su vez deberá ser socialmente útil bajo el entendido de que produzca más beneficios que sacrificios. Dicho apotegma tendría su desarrollo legal en una de las causales de procedencia del principio de oportunidad consagrada en el artículo 324 del CPP numeral 14 y cuyo tenor literal es el siguiente: “*Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.*”; (4) Que la pena sea humanitaria porque de no ser así carecería de sentido que se castigara la lesión de bienes jurídicos con un daño aun mayor a los derechos fundamentales del condenado razón por la cual y según el artículo 1 “*El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana*” lo que a su vez es armónico con la norma constitucional que consagra el artículo 12 de la Carta Magna y según el cual “*Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*”; (5) Que la pena concreta sea *merecida* por el individuo dado que solamente tendría sentido

---

274 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia no. SU 132 de 2013, 13 de marzo de 2013. M.P.: Alexei Julio Estreda. “*La jurisprudencia constitucional ha definido que “la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política.*”

275 FERNÁNDEZ. Derecho Penal Parte General, Principios y Categorías Dogmáticas, Op., cit. p. 258.

castigar al autor o partícipe real de la lesión de los bienes jurídicos y no a otro encontrando tal afirmación su fundamento en el artículo 28 del código penal pues allí se establece que sólo concurrirán a la conducta punible las personas que jurídicamente tengan dichas calidades; y (6) Que la pena sea legal en el sentido de que no cualquier lesión a bienes jurídicos conllevará la aplicación de una pena o sanción de otro tipo sino tan solo aquellas que se encuentren previa y expresamente señaladas en la ley penal como delitos, haciendo eco tal afirmación en el principio de legalidad consagrado en el artículo 6 del CP.

Así las cosas, y teniendo en cuenta lo anteriormente expresado resulta pertinente antes de darle paso al siguiente acápite poner de presente los 3 grupos de “casos” que suelen ser reunidos por regla general como “conductas carentes de lesividad” para efectos de analizar la *categoría dogmática* que se deriva del principio constitucional explicado:

- Casos de “lesión insignificante del bien jurídico” o de bagatela<sup>276</sup>: Se presentan cuando una conducta, a pesar de encajar “formalmente”<sup>277</sup> en alguna de las descripciones típicas de la ley penal, posee un desvalor del acto o del resultado insignificante o mínimo<sup>278</sup>, que no llega a producir una afectación relevante<sup>279</sup> para el bien jurídicamente tutelado. Se podrían incluir como ejemplos los siguientes: hurtar en un supermercado un confite<sup>280</sup> o un concentrado de gallina Nork<sup>281</sup> (Arts. 239 y ss. del C.P.), las

---

276 ROXIN, es quien desarrolla de manera inicial este grupo de casos bajo la denominación de un rasero interpretativo de tipos penales llamado “principio de insignificancia”. Desde su óptica, este grupo de casos es mejor tratarlos a través de ese principio que como parte integrante de la adecuación social. ROXIN, Claus. Política criminal y sistema del Derecho Penal. 2ª ed. MUÑOZ, Francisco (Trad.). Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2002. p. 75. ROXIN. Derecho Penal, Parte General. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Et al.* (Trad.). Madrid: Editorial Civitas, 1997. p. 296.

277 FERNÁNDEZ, Gonzalo D. Bien jurídico y sistema del delito. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 163.

278 LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Lecciones de Derecho Penal, Parte General. 2ª ed. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2013. p. 341.

279 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal, Parte General. 4ª ed. Medellín: Editorial Comlibros, 2009. p. 606

280 GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Tomo III. La Tipicidad. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2005. p. 664., y también JAKOBS, Günther. Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Trad.). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. 1995. p. 68.

281 EL ESPECTADOR. Hombre que robó cubo de caldo podría pagar hasta 6 años de cárcel. [En línea], 2012. Disponible en Internet: < <https://www.elespectador.com/noticias/nacional/hombre-robo-cubo-de-caldo-podria-pagar-hasta-6-anos-de-articulo-353160> >.

lesiones personales en virtud de malos tratos levísimos como lo sería un empujón<sup>282</sup> o el rasguño en una mejilla producto de un puñetazo<sup>283</sup> (Arts. 111 y ss. del C.P.), la venta ambulante de un DVD no original<sup>284</sup> o de algunos libros fotocopiados<sup>285</sup> (Arts. 270 y ss. del C.P.), estafas en virtud de engaños mínimos dados en el ámbito de la publicidad de productos<sup>286</sup> (Arts. 246 y ss. del C.P.), injurias en virtud de expresiones denigrantes al interior de la familia<sup>287</sup> (Arts. 220 y ss. del C.P.), la realización de juegos de azar con apuestas muy pequeñas<sup>288</sup> (Art. 312 del C.P.), y tráfico o porte ilegal de estupefacientes por llevar cantidades de estupefacientes que superan en muy pequeña medida la dosis personal permitida o donar a un amigo su dosis<sup>289</sup> (Art. 376 del C.P.), entre otros.

- *Casos “socialmente adecuados”*: Se trata de todas aquellas conductas que aun cuando implican riesgos que no son nada despreciables ni mínimos (porque si así fuera quedarían inmersos en el anterior grupo de casos) no resultan lesivas para los bienes jurídicamente tutelados por el legislador penal por distintas razones que se verán más adelante. De esta manera, quedarían comprendidas dentro de este espectro de casos dos tipologías de comportamientos<sup>290</sup>: (1) *Conductas riesgosas inherentes al funcionamiento*

282 LUZÓN PEÑA. Op., cit. p. 342.

283 VELÁSQUEZ. Derecho Penal, Parte General, Op., cit. p. 606.

284 La Sentencia de Audiencia Provincial (SAP) proferida en Barcelona-6ª 28-7-2006. Citada en nota al pie de página por: LUZÓN PEÑA., Op. cit.

285 COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia no. 31362, 13 de mayo de 2009. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

286 MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, Parte General. 9ª ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011. p. 530.

287 ROXIN. Op., cit. p. 296.

288 Ibid.

289 En Colombia: COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia no. 18609, 08 de mayo de 2005. M.P.: Herman Galán Castellanos; COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia no. 24612, 26 de abril de 2006. M.P.: Jorge Luis Quintero Milanés; COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia no. 23609, 01 de febrero de 2007. M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez; COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia no. 28195, 08 de octubre de 2008. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca; COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia no. 31531, 08 de julio de 2009. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas; COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia no. 35978, 17 de agosto de 2011. M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero; COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia AP801-2014(rad. 43184), 26 de febrero de 2014. M.P.: Gustavo Enrique Malo Fernández; entre muchas otras y COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia no.C-491 de 2012, 28 de junio de 2012. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. En España también lo ha interpretado así la jurisprudencia según LUZÓN. Op., cit. p. 178.

290 Se sigue libremente la clasificación que al respecto realiza RUEDA, María Ángeles. La Teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. Barcelona: Editorial Bosch, 2002. p. 245 y ss. Para mayor profundización sobre el tema de imputación objetiva ver nuestra monografía: BARAJAS CONDE, Diego; PELÁEZ MEJÍA, José M. y SILVA REYES, Andrés. Significado, Alcance y Criterios de Imputación Objetiva. Estado de la cuestión doctrinal y jurisprudencial. Cúcuta: Editorial del Centro Seccional de Investigaciones de la Universidad Libre de Colombia, 2013. p. 264 y ss.

*de la vida social*: A este grupo pertenecen todas aquellas conductas que pese a entrañar un riesgo de lesión a bienes jurídicos, se encuentran anclados inevitablemente a la interacción de los seres humanos. Es decir, que tales peligros mínimos habrán de ser tolerados, y en efecto lo son, si se desean mantener funcionando los contactos sociales y las actividades implícitas a ellos. Como ejemplos claros de este punto están: la privación de la libertad (secuestro simple) en la participación en medios de transporte colectivos, así cuando una persona al subirse a un bus equivocado desea bajarse del mismo y el vehículo decide no parar hasta llegar al próximo paradero a pesar de que expresamente el pasajero le solicita la detención del mismo (Art. 168 del C.P.) y las lesiones efectuadas en el desarrollo de una actividad deportiva, presentándose adecuación social de aquellas lesiones dolosas o culposas que se producen en el ejercicio por ejemplo de un partido de fútbol (Art. 112 del C.P. y ss.). Habrá de aclararse que todos estos supuestos tiene sentido analizarlos en la adecuación social, siempre y cuando no se hayan ya resuelto por medio de las normas pre-jurídico-penales<sup>291</sup> o pre-jurídicas<sup>292</sup>; y (2) *Conductas de clara irrelevancia jurídica*: Es decir, aquellos comportamientos que no le interesan al derecho penal por encontrarse muy arraigados en la interacción social y resultarles a las personas en general cómodos, buenos, loables o indiferentes, razón por la cual no alcanza a generar un desvalor de la acción lo suficientemente grande como para

---

291 A este primer criterio de determinación del riesgo pertenecen aquellas actividades sobre las cuales existe una regulación jurídica expresa establecida por el legislador o la potestad reglamentaria del órgano ejecutivo. Por ende, el quebranto de dichos límites constituye per se un riesgo jurídicamente desaprobado ya que la limitación del mismo implica que lo queda por fuera de su marco es una conducta normativamente prohibida. Por ejemplo, las actividades reguladas por el Código Nacional de Tránsito, etc. Se sigue en este sentido a FRISCH, Wolfgang. Comportamiento Típico e Imputación del Resultado. CUELLO, Joaquín y SERRANO, José Luis (Trad.) Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004. p. 106 y ss.

292 En este caso el riesgo se encuentra delimitado ya no por el legislador sino más bien por regulaciones o reglamentos que ciertas organizaciones societarias, laborales o similares han elaborado en torno a la ciencia, técnica o actividad peligrosa. En el mundo de la dogmática penal pertenecen a este grupo la *lex artis*, las "normas de cuidado", las reglamentaciones preventivas de riesgos, etc. Así mismo es importante señalar, como ya lo hiciera Jakobs que lo prohibido por estas normas no es más que un indicio de la naturaleza no permitida del riesgo porque contrario a lo que la ley establece, estas normas pre-jurídicas del riesgo no contienen valoración vinculante alguna. Por ende, el intérprete al evaluar un caso concreto deberá aparte de analizar si ha existido violación de la disposición pre-jurídica efectuar el juicio de proporcionalidad descrito líneas atrás para llegar a la conclusión final de si el actor creó o no un riesgo jurídicamente desaprobado. Se sigue igualmente en este sentido a FRISCH, Wolfgang. Comportamiento Típico e Imputación del Resultado.

ser criminalizado<sup>293</sup>. Así por ejemplo, cabrían en este grupo el enviar de paseo a alguien, pedir un taxi para un amigo que se va, o regalar un tiquete de avión a una persona todas estas conductas con el objetivo de matar a tales individuos (Art. 103 del C.P.). Pero acá también estarían cobijados los regalos que se realizan a carteros en navidad o a un funcionario de la rama judicial (el cohecho del art. 407 del C.P.), por cuanto el significado social de esas actividades no lesivas hace que ante el derecho penal resulten irrelevantes. Otros claros ejemplos serían<sup>294</sup>: el uso de uniformes, insignias o indumentaria de uso privativo de la fuerza pública en un carnaval (Art. 346 del C.P.) y el servir bebidas alcohólicas, no obstante los riesgos que de ello se derivan.

- *Casos en los cuales los medios empleados en la conducta son carentes de idoneidad para lesionar el bien jurídico, “inocuos” o “inidóneos”*: Se presenta cuando los medios empleados para la comisión del ilícito carecen de la aptitud necesaria para lesionar el bien jurídicamente tutelado. Así pues se tienen como ejemplos los siguientes<sup>295</sup>: buscar un homicidio a través de una cantidad demasiado escasa de veneno (Art. 103 del C.P.), dispararle a una persona buscando matarla con un arma que otra persona había descargado secretamente (Art. 103 del C.P.), pretender el aborto con medios ineficaces (agua) o sobre una mujer no embarazada (Art. 122 del C.P.), dispararle a un cadáver (Art. 103 del C.P.), intentar hurtar a una persona metiendo la mano en un bolsillo en el que jamás hubo dinero (Arts. 239 y ss del C.P.) y porte ilegal de un arma totalmente inservible<sup>296</sup> (Art. 365 del C.P.).

Por ende, el legislador penal **no podrá** prohibir ni el juzgador sancionar aquellas conductas que no lesionen o al menos pongan en peligro efectivo algún bien jurídicamente tutelado, razón por la cual no serían punibles: (1) casos de bagatela; (2) casos socialmente adecuados; y (3) casos inidóneos para

---

293 Esto porque como dice el maestro Juan FERNÁNDEZ CARRASQUILLA no se apartan “de modo grave de los estándares valorativos de la vida social.” Derecho Penal Parte General, Principios y Categorías Dogmáticas. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2011. p. 254.

294 JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Vol. primero. MIR PUIG, Santiago y MUÑOZ, Francisco (Trad.). Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1981. p. 343.

295 Los ejemplos son tomados de WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Citado en FONTÁN BALESTRA, Carlos. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, s.a. p. 195 y ss.

296 Sentencias: 21064(15-09-04) y 32004(21-10-09)

lesionar el bien jurídico. Y ello es así porque como magistralmente lo pusiera de presente el profesor Ricardo NÚÑEZ “*en un estado de derecho la pena no puede ser la consecuencia de un hecho jurídicamente beneficioso o indiferente, sino de la infracción al orden establecido por el derecho*”<sup>297</sup>; de una ofensa que pueda ser representada objetivamente en el daño o riesgo efectivo de perjuicio de los bienes jurídicamente tutelados por el legislador. Así mismo, se ha excluido deliberadamente de dicho grupo de casos los *delitos de sospecha*<sup>298</sup> porque ellos interesan de forma principal en el *momento legislativo* a la hora de determinar qué conductas estarán prohibidas y cuáles no, resultando dicha temática ajena al interés de esta investigación la cual se centra, durante el desarrollo del presente capítulo, en determinar la relación que puede existir entre *lesividad* e *imputación objetiva* y la ubicación sistemática de la primera.

### 2.1.2 Antijuridicidad y lesividad en los esquemas del delito alemanes (hasta el finalismo)

La presente reconstrucción histórica de los esquemas del delito en torno a la antijuridicidad penal tiene como finalidad demostrar que la ubicación de la *lesividad* en dicha categoría dogmática del delito tenía su razón de ser allí y no en la tipicidad por el concepto original con que surgió el “tipo penal” en el sistema clásico del delito, pero que, al irse modificando la esencia y estructura del mismo (con los esquemas neoclásico y principalmente finalista, al igual que con las transformaciones de la propia antijuridicidad) esa perspectiva perdió fuerza, adquiriendo sentido reubicar, entonces, la “lesión a bienes jurídicos” en sede de la tipicidad y no en el siguiente escalón configurativo del delito. Sin embargo, la reubicación de la *lesividad* no resultó pacífica, uniforme y clara por parte de ninguno de los teóricos de tales corrientes doctrinales puesto que algunas veces fue colocada como elemento del tipo penal objetivo y en otras ocasiones como principio interpretativo del mismo elemento, aunque bajo distintas denominaciones y alcances, entre las que cabría destacar:

---

297 NÚÑEZ, Ricardo. Manual de Derecho Penal, Parte General. Argentina: Marcos Lerner Editora Córdoba, 1999. p. 153.

298 “(...) los cuales consisten en imputar a alguien la comisión de un delito determinado a partir de la mera tenencia o posesión de instrumentos aptos para cometerlos, pero que también podrían utilizarse para fines lícitos.” FERNÁNDEZ, Juan. Op., cit. p.256.

“antijuridicidad material”, “dañosidad”, “principio de ofensividad”, “principio de insignificancia”, “principio de lesividad”, “adecuación social”, etc.

2.1.2.1 *Esquema clásico*: La antijuridicidad, al ser claramente normativa y valorativa, fue para el positivismo jurídico del Esquema Clásico una categoría extraña<sup>299</sup> y peculiar pues no constituía en sí misma un “objeto real del mundo material” como si lo eran la acción (descrita por la tipicidad) o los aspectos psicológicos del autor a los que hacía referencia la culpabilidad. Sin embargo, LISZT<sup>300</sup> y BELING<sup>301</sup> superaron esa problemática con una concepción puramente objetiva de la antijuridicidad, considerándola tan solo como aquel escaño del delito pragmático en el que el Juez verificaba la incompatibilidad evidente entre la acción típica y el Derecho. Tal comprobación era favorable únicamente si no se presentaban causales de justificación (como la legítima defensa) y negativa si concurría alguna de ellas.

Para el esquema clásico del delito el positivismo de finales del siglo XIX constituyó la base filosófica sobre la cual edificaron su sistema y consecuente con ello quisieron construir una dogmática perfecta y exacta que funcionara como las ciencias naturales y las matemáticas, razón por la cual consideraron que toda conducta punible debía ser sencillamente la suma de dos partes: una *objetiva* o *externa* aprehensible a través de los sentidos (lo que reflejaba la clara influencia del positivismo naturalista), objeto de la antijuridicidad, y una *subjetiva* o *interna* objeto de la culpabilidad. De esta manera, para la concepción clásica de LISZT y BELING lo importante no resultó ser el aspecto material del delito, sino únicamente la formalización de los elementos configurativos del mismo.

En cuanto a las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad en el esquema clásico ellas estuvieron completamente separadas constituyendo la primera tan solo un mero indicio de la contrariedad que representaba la segunda. Sin embargo,

---

299 SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. En: El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales: estudios en honor de Claus Roxin en 50º aniversario, 1991. p. 22.

300 LISZT, Franz Von. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. 3ª ed. Madrid: Instituto Editorial Reus. S. A, s.a. p. 333 y ss.

301 BELING, Ernst Von. Esquema de Derecho Penal. La doctrina del Delito-Tipo. Buenos Aires: Librería el Foro, 2002. p. 43 y ss.

el contenido de la antijuridicidad no era deducido del propio Derecho Penal puesto que “la antijuridicidad de ese comportamiento dedúcese más bien de las restantes partes del derecho, Derecho Civil, el Derecho Administrativo, etc. Estos son los que el delincuente ‘lesiona’, los que quebranta, contra los cuales obra. La afirmación corriente de que el delincuente ‘lesiona’ la ley penal, que la quebranta, que obra contra ella, es falsa (...)”<sup>302</sup>

Ahora bien, en cuanto a la división entre *antijuridicidad formal* y *antijuridicidad material* se plantearon las siguientes divisiones:

Para BELING la *antijuridicidad formal* era la mera contradicción del comportamiento con el orden jurídico, mientras que la *antijuridicidad material* hacía alusión al contenido mismo de la conducta, por lo que en el pensamiento de éste autor lo formal y lo material terminaban fundiéndose en un solo concepto como lo era la misma “antijuridicidad” sin más adjetivos ni cualificaciones de algún tipo. Pero lo cierto es que, con respecto a esta categoría dogmática, el ordenamiento jurídico podía considerar de tres maneras la conducta humana: (1) declararla antijurídica; (2) concluir que se encuentra conforme a derecho; o, finalmente, (3) serle jurídicamente indiferente o irrelevante.

Para LIZST en cambio la *antijuridicidad* del crimen (a lo que llamo “ilegalidad” – “*rechtswidrigkeit*”) fue sencillamente un acto contrario a derecho cuya reprobación jurídica tenía una doble connotación: (1) *formalmente* contrario a derecho por transgredir la norma, prohibición o mandato establecida por el orden jurídico; y (2) *materialmente* ilegal al ser un comportamiento antisocial; es decir, contrario a la sociedad. En tal sentido, “el acto contrario a Derecho es un ataque a los intereses vitales de los particulares o de la colectividad, protegidos por las normas jurídicas; por consiguiente, una lesión o riesgo de un bien jurídico (...)”, pero sólo será materialmente contraria a Derecho “(...) cuando esté en contradicción con los fines del orden jurídico que regula la vida común.”<sup>303</sup>

Evidentemente, el análisis de estos importantes aspectos **no se podía realizar en sede de la tipicidad** porque ella se encontraba reservada a un proceso de

---

302 Ibid., p. 44.

303 LISZT. Op., cit. p. 336 y 337.

subsunción o adecuación entre los *hechos físicos del mundo* (que revistieran la cualificación de “acciones”) y el “tipo delictivo” concebido como una figura legal donde se describía abstractamente y de forma completamente avalorada, neutral y objetiva la acción punible. Así pues, “para acentuar la independencia del tipo frente a la antijuridicidad y la culpabilidad (en el sentido que tenían antes), Beling sostuvo que el tipo no contenía ‘ningún juicio de valor’ y que estaba libre de todo elemento subjetivo-anímico”,<sup>304</sup> razón por la cual era imposible realizar un análisis de lesividad en el juicio de tipicidad porque tal reflexión hubiese implicado aceptar de alguna manera que el tipo penal sí encerraba una valoración del hecho, vulnerando así una de las reglas básicas del positivismo formalista que había influido tanto en la edificación del esquema clásico.

2.1.2.2 *Esquema Neoclásico*: Tal y como se vio la antijuridicidad fue originariamente concebida como una categoría dogmática meramente formal, cuyo contenido era determinado por el legislador de manera definitiva. Sin embargo, mediante el influjo del neokantismo (con MEZGER, por ejemplo) y gracias a la aproximación que el mismo LISZT realizara, conforme se explicó líneas atrás, se introdujo a la antijuridicidad (como aspecto material del mismo) el concepto de “dañosidad social” usualmente condensado en la fórmula latina “*nullum crimen, nullum poena sine iniuria*”; es decir, no hay crimen, ni pena sin daño previo.

De esta manera, superada en Alemania la noción del concepto clásico del delito, que separaba la parte objetiva del mismo integrada por la acción, la tipicidad y la antijuridicidad y su parte subjetiva formada por la culpabilidad, dominó en los años treinta el concepto neoclásico, que modificó la concepción anterior debido a la aceptación de los principios filosóficos del neokantismo y de la introducción de perspectivas valorativas y teleológicas<sup>305</sup>, diferenciando así,

---

304 WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Chile, 1980. p. 79.

305 “La irrupción de la idea de valor en la metodología jurídico-penal, bajo el influjo del neokantismo de Stammler, Rickert y Lask, produjo grandes modificaciones en la concepción clásica del delito. La nueva metodología reclamó junto a las ciencias de la naturaleza, las ciencias de la cultura o del espíritu, que a diferencia de aquellas no se contentaban con observar y describir hechos, sino que exigían comprender y valorar el sentido de los hechos”. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 5ª ed. Barcelona. 1998. p. 155. Citado por ARIAS EIBE, Manuel José, *Tránsito del Teleologismo a la Metodología Ontologista: El Sistema Finalista del Delito*. En: *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*. [En línea]. 2007, no. 5, p. 23-45. ISSN 1698-7950. Disponible en Internet: <<http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf>>.

las ciencias naturales que captan la realidad empírica de forma objetiva, de las ciencias culturales en las que la realidad se pone en conexión con los valores, de modo que con esta nueva representación, se enfrentó a la imagen generada por la teoría clásica del delito y de acuerdo con la cual se pretendían extraer del mundo empírico los conceptos normativos del mundo jurídico, confundiendo así los planos del “ser” y el “deber ser” en uno solo.

Los neokantianos de Baden, en cuyas teorías se fundamentaron los doctrinantes del esquema neoclásico, asentaban su posición filosófica en dos inamovibles bases epistemológicas: el subjetivismo metodológico y el relativismo valorativo. Para ellos los valores subjetivos residen no en el objeto mismo sino en la mente, predominando de esta manera la forma sobre la materia y otorgándole a las categorías *a priori* una esencialidad básicamente subjetivista. Así pues, para los penalistas sudoccidentales, toda metodología explicativa de la aprehensión de conocimientos hallaba su configuración en una premisa axiomática consistente en el hecho de que las ciencias de la naturaleza o del espíritu se hallaban condicionadas por categorías apriorísticas radicadas en la mente de cada sujeto considerado individualmente. Todo ello traería dos importantes consecuencias:

- *El subjetivismo metodológico*: a partir de ésta perspectiva del pensamiento alemán, las ciencias humanísticas y exactas se diferencian o distinguen a partir de su método de estudio, y no de su objeto, por cuanto dicho substrato es siempre la misma materia fenoménica amorfa que hallan todos los seres humanos en la realidad empírica, debiéndose, por lo tanto, escindir esas estructuras ópticas en sede de la metodología empleada; esto es, comenzando por la aplicación subjetiva que el hombre hace de las formas o categorías *a priori* sobre dicha realidad fenoménica.
- *El relativismo gnoseológico*: desde dicha óptica los valores dejan de residir en el objeto mismo, pasando a convertirse en la síntesis de la aplicación de “formas” a “materia empírica”, significando ello que los valores no provienen del objeto, sino del método, no siendo objetivos sino subjetivos, variables y definitivamente tan dinámicos como quien los sintetiza en un momento y lugar determinado.

A partir de tal ideario filosófico los cultores del esquema neoclásico trataron de reformular cada una de las categorías dogmáticas configurativas del delito, entre ellas la de tipicidad y antijuridicidad. Para lograrlo, respecto a la primera de las mencionadas, el cambio se produjo desde el concepto mismo que se tenía del tipo penal pues pasó a considerarse éste como el portador o contenedor de la desvaloración jurídico-penal de la acción que constituía el injusto penal. De esta manera, y teniéndose en cuenta que con el descubrimiento tanto de los elementos normativos y subjetivos del tipo penal se puso fin a la concepción puramente descriptiva y valorativamente neutra que de dicha categoría dogmática tenía el sistema clásico de LISZT y BELING, la reformulación de la conducta punible en general hizo inevitable al punto de considerar que “el delito es acción antijurídica, pero al mismo tiempo, y siempre, **típicamente antijurídica**”<sup>306</sup>, razón por la cual,

“el que actúa típicamente actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto. El tipo jurídico-penal que describe dicho actuar típico posee, por tanto, la más alta significación en orden a la existencia de la antijuridicidad penalmente relevante de la acción: es fundamento real y de validez (“ratio essendi”) de la antijuridicidad, aunque en reserva, siempre, de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto. Si tal ocurre, la acción no es antijurídica, a pesar de su tipicidad.”<sup>307</sup>

En consecuencia, en esta concepción defendida por MEZGER, SAUER y GALLAS aun cuando el tipo supone la antijuridicidad y además las causas de justificación anulan o suprimen la antijuridicidad incorporada al tipo, ellas no llegan a excluir la tipicidad<sup>308</sup>. Al respecto el tratadista alemán JESCHECK ha dicho lo siguiente: “El tipo, como conjunto de los elementos de injusto característicos de una determinada clase de delito, comprende todo lo típico del sentido de prohibición de la norma, pero también sólo lo típico, no alcanzando a las causas de justificación en sentido negativo”<sup>309</sup>.

---

306 MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal, Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. p. 364.

307 Ibid., p. 375.

308 GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Op., cit. p. 67.

309 JESCHECK, Hans. Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Op., cit. p. 334.

Concebido así el delito surgió el “injusto” como un primer gran escalón del delito que agrupaba dentro de sí la acción, la tipicidad y la antijuridicidad. Sin embargo, respecto a la última de las categorías dogmáticas MEZGER realizó las siguientes precisiones:

**Primero**, que en el Derecho Penal una acción es conforme a derecho o antijurídica, y será esto último si “contradice las normas objetivas del Derecho”<sup>310</sup>.

**Segundo**, que aun cuando la antijuridicidad de la acción sea una característica del delito, ella no es a su vez una característica del tipo penal y esto a pesar de que la tipicidad constituye la *ratio essendi* y no simplemente la *ratio cognoscendi* del delito, lo que permite concluir que entre la tipicidad y la antijuridicidad aun existían fronteras bien delimitadas que tan solo se reunían en la supracategoría del injusto penal.

Y **tercero**, que la antijuridicidad como injusto material es la lesión o puesta en peligro efectivo de un bien jurídicamente tutelado por el legislador penal.

¿Pero ese contenido material que claramente hace parte del injusto, en el esquema neoclásico, era un elemento de la antijuridicidad o del tipo penal? En palabras de MEZGER el bien jurídico como objeto de protección penal hace parte del tipo penal en concreto y sirve como directriz fundamental para interpretación de dicha figura legal<sup>311</sup>. En este sentido, la perspectiva de este autor del esquema neoclásico puede entenderse de la siguiente manera: (1) que el principio de lesividad cumple la función de delimitar el campo hermenéutico del tipo penal en el momento de su aplicación, razón por la cual sus afirmaciones no estarían dirigidas a clarificar la *lesividad* como categoría dogmática, sino a reafirmar la función que ella desarrolla bajo la modalidad de principio a la hora de interpretar la ley penal; y (2) que el “bien jurídico” como objeto de protección normativa es un elemento del tipo penal. Empero, una cosa es la identificación del “bien jurídico” para efectos hermenéuticos del tipo penal y otra muy distinta la *lesividad* como requisito configurativo del delito. Razón por la cual pareciera como si el *Esquema Neoclásico* del delito no se hubiese interesado por

---

310 MEZGER, Edmundo, Op. cit. p. 339.

311 Ibid., p. 403.

ubicar o al menos dejar en claro la ubicación de la *lesividad* en la estructura configurativa de la conducta punible. Y ello se afirma porque aun cuando MEZGER hizo referencia a la *lesión del bien jurídico* en el momento en el que brinda una definición medular del “injusto material”, tal ejercicio no dilucidó en realidad el lugar que ocuparía tal requisito del delito porque como bien se sabe la categoría dogmática del “injusto” es la suma de una acción típicamente antijurídica y por ende partiendo de dicha premisa aun perviviría el vacío de saber si para los neoclásicos la *lesividad* era un componente de la acción, el tipo penal o finalmente la antijuridicidad<sup>312</sup>.

Desde el punto de vista práctico los casos socialmente adecuados, los inidóneos para lesionar el bien jurídico o los que lesionan insignificadamente el mismo, aunque sin lugar a dudas eliminarían el *injusto material* en el esquema neoclásico, nos deja abiertas varias cuestiones, entre ellas, ¿por qué? ¿Qué es lo que falta del injusto? ¿La tipicidad? ¿La antijuridicidad? Y cualquiera que sea la respuesta, nuevamente, ¿por qué? ¿cuál es la razón suficiente que lo justifica? Teniendo en cuenta que el mismo MEZGER nada dice al respecto y MAYER critica vehemente la distinción entre *antijuridicidad material* y *antijuridicidad formal* prefiriendo una definición total en la cual se considere antijurídica “aquella conducta que está en contraste con las normas de cultura reconocidas por el Estado”<sup>313</sup>, pudiera plantearse como hipótesis, conforme todo lo expuesto y principalmente la caracterización valorativa del tipo penal, que en el esquema neoclásico únicamente se utilizó la *lesividad* como principio hermenéutico para la reducción teleológica del injusto material en sede de la tipicidad.

Sin embargo, siguiendo la lectura que del esquema neoclásico realizan en Alemania JESCHECK/WEIGEND<sup>314</sup> y en Argentina RIGHI<sup>315</sup> también podría

---

312 Al igual que para MEZGER. [Ibid., p. 376], MAYER considera que “la tipicidad y la antijuridicidad se deben separar nítidamente” razón por la cual las causas de atipicidad son diferentes de las que eliminan la antijuridicidad, aunque ambas le ponen fin al injusto. MAYER, Max Ernst. Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007. p. 11. De una opinión diferente es WELZEL. Ibid., p. 81.), quien conforme a su interpretación SAUER y MEZGER (a diferencia de GALLAS) sí consideraron que las causales de justificación eran circunstancias negativas del tipo penal por cuanto identificaban como uno solo el tipo y la antijuridicidad. Sin embargo, no puede compartirse esa opinión y la consideramos equivocada producto de una confusión que tuvo WELZEL en la lectura de dichos autores al no percatarse que ellos no siempre empleabas la alocución “tipo” con el mismo sentido, pues a veces se referían a este como “injusto” y otras veces como categoría independiente y diferente de la antijuridicidad.

313 Ibid., p. 225.

314 JESCHECK y WEIGEND. Op., cit. p. 221.

315 RIGHI, Esteban. Derecho Penal, Parte General. Argentina: Abeledo - Perrot, 2013. p. 116.

pensarse que *lesividad* entendida como *dañosidad social* integró la categoría dogmática de la “antijuridicidad” para lograr a partir de ellos conceptualarla desde un punto de vista material que pudiera desarrollar cinco nociones básicas: (1) la comprensión de injusto cuyo contenido no se agotara en la verificación de causales de justificación; esto es, de excepciones a la norma prohibitiva; (2) la concepción de la antijuridicidad únicamente desde el aspecto material como perjuicio social; (3) la definición del desvalor social de la acción a partir de la lesión de bienes jurídicos en los que se evidenciara la presencia de más daños que beneficios; (4) la posibilidad de graduar el injusto dependiendo de la gravedad de la infracción del interés, gracias al punto de vista material mencionado; y (5) el desarrollo de nuevas causales de justificación más allá de las legalmente reconocidas<sup>316</sup>.

Lo cierto es que aun cuando en el Esquema Neoclásico no se configuró una teoría completa de la *lesividad* como categoría dogmática que integrara la *tipicidad*, el descubrimiento de los elementos normativos del tipo penal y la teoría del injusto sí permitió ampliar los horizontes y comprender que una visión no restrictiva del mismo implicaría un desbordamiento de la función punitiva que tenía que ser acotada de alguna forma, lográndolo, en esa época, aunque de forma imperfecta, mediante el concepto material de la antijuridicidad.

2.1.2.3 *Esquema Finalista*<sup>317</sup>: La esencia del método filosófico del profesor Hans WELZEL puede encontrarse en el cambio radical del subjetivismo

---

316 Algunos autores consideran, en cambio, que al definir la antijuridicidad material como comportamiento socialmente dañoso y desarrollar para la exclusión de ésta fórmulas tales como “medio adecuado para un fin justo” o “más provecho que daño”, lo que se logró fue “ponerse en práctica por primera vez una solución elaborada sistemáticamente de los numerosos problemas de antijuridicidad no advertidos o dejados pendientes por el legislador”. SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal. En: El sistema moderno del Derecho Penal. Cuestiones fundamentales. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012. p. 31. De ello podría pensarse es que el concepto de *antijuridicidad material* no comportó una solución para los casos de adecuación social, inidoneidad e insignificancia, sino únicamente para las causales de justificación y todo lo relativo a éstas.

317 Esta temática fue trabajada ampliamente por el autor de la presente investigación en los siguientes textos cuyas consideraciones, parcialmente, se transcriben: Silva Reyes, Andrés, Barajas Conde, Diego Javier y Peláez Mejía, José María. Significado, Alcance Y Criterios De Imputacion Objetiva: Una Vision Desde La Filosofía Del Derecho Y El Estado Social De Derecho. Recuperable en: <http://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/9516>; y en BARAJAS CONDE, Diego; PELÁEZ MEJÍA, José M. y SILVA REYES, Andrés. Significado, Alcance y Criterios de Imputación Objetiva. Estado de la cuestión doctrinal y jurisprudencial. Cúcuta: Editorial del Centro Seccional de Investigaciones de la Universidad Libre. Por lo tanto el acápite 2.1.2.2 corresponde a una transcripción parcial de tal texto.

por el objetivismo. Igualmente, en la sustitución del relativismo valorativo neokantiano por la aseveración de unas “verdades eternas” y unas “estructuras lógico-objetivas”.

De esta manera, desde sus inicios WELZEL consideró un verdadero error la interpretación que habían hecho los neokantianos del idealismo trascendental original y de la crítica a la razón práctica kantiana, dado que su construcción se erigió a partir de un subjetivismo metodológico y relativismo gnoseológico inaceptables e incoherentes al haber considerado las categorías *a priori* como subjetivas, desconociendo que ellas eran totalmente objetivas y que por lo tanto, el objeto era el que determinaba el método y no a la inversa.

Así bien, la tarea de la ciencia del derecho penal sería tomar un rumbo distinto: descendiendo a la esfera ontológica previamente dada para comprender correctamente las valoraciones jurídicas; buscando en los sustratos reales previamente dados, en el derredor objetivo de la norma, en la naturaleza de las cosas y en la realidad del hombre mismo las esencias imprescindibles, cimentadoras del engranaje mundano y que deberán contener las normas penales, por cuanto su desconocimiento implicaría el caos del ordenamiento jurídico al entrar en desfase regulativo totalizado.

Es justamente a partir de esa reflexión en la que se encuentra a su paso, exactamente en la periferia ontológica, unas estructuras que él llamó “lógico-objetivas (*sachlogische Strukturen*)” y cuya conceptualización es dada en la siguiente forma: “(...) son estructuras de la materia de la regulación jurídica destacadas por la lógica concreta (*Sachlogik*), que se orientan directamente en la realidad, objeto de conocimiento”<sup>318</sup>. Significa lo expuesto que para WELZEL existirían una serie de configuraciones dadas *ex ante* de la norma, que pertenecen al mundo de lo real y por lo tanto son objetivas, puras y esenciales. Ello implica la existencia de un connatural ligamen entre el legislador y dichas estructuras, porque si no se atara a las mismas realzaría una regulación falsa y sin correspondencia con el objeto de dicha regulación.

---

318 WELZEL, Hans. El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Montevideo: Editorial B de F, 2011. p. 31.

No obstante, su aserción en torno a la existencia de estructuras lógico-objetivas no implican que el profesor alemán fuera un iusnaturalista, porque recuérdese que estas no apelan al mundo del “*deber ser*” sino de la naturaleza de las cosas, o sea del “*ser*”. Como lo afirma ZAFFARONI<sup>319</sup> en su Derecho Penal Parte General todo el movimiento en que se inscribe esta teoría constituye un intento de contención de la potencia legislativa, propio del momento de horror de la posguerra.

Pero que sea el mismo WELZEL quien exponga su postura sobre la tarea de la ciencia del derecho y las valoraciones de relación con la onticidad que él predicada:

“El ordenamiento jurídico determina por sí mismo qué elementos ontológicos quiere valorar y vincular a ellos consecuencias jurídicas. Pero no puede modificar los elementos mismos, si los recoge en los tipos. Puede designarlos con palabras, destacar sus caracteres, pero ellos mismos son el elemento individual, material, que constituye la base de toda valoración jurídica posible.

Los tipos pueden sólo ‘reflejar’ este material ontológico, previamente dado, describirlo lingüística y conceptualmente, pero el contenido de los ‘reflejos’ tanto lingüísticos como conceptuales, puede ser sólo puesto de relieve mediante una comprensión penetrante de la estructura esencial, ontológica, del elemento material mismo. De ello se deduce para la metodología, que la ciencia del Derecho Penal tiene que partir siempre, sin duda, del tipo (...) pero tiene que trascender luego el tipo y descender a la esfera ontológica, previamente dada, para comprender el contenido de las definiciones y para (...) comprender también correctamente las valoraciones jurídicas (...). Este método ‘vinculado al ser de las cosas’, que hace poco ha expuesto otra vez, veinticinco años más tarde, en un polémica con tendencias neopositivistas (nominalistas) en la Ciencia del Derecho Penal (...)

---

319 ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal, Parte General. 2ª ed. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Tucumán. ISBN: 950-574-155-3. p. 95

y que constituye uno de los aspectos esenciales de la doctrina de la acción finalista, debía ser designado con la palabra ‘ontológico’, sin que lo anterior supiera una opción por un sistema ontológico determinado.”<sup>320</sup>

Según lo descrito por el mismo WELZEL, puede concluirse que definitivamente abogaba por un legislador comprometido con la realidad que iba a regular, quien debía tener en cuenta al menos las estructuras ontológicas fundamentales sobre las cuales se asentaba el ordenamiento socio-físico de los hombres. No obstante, dicha vinculación del constituyente primario a las estructuras lógico-objetivas es relativa, puesto que el Derecho en muchas ocasiones le corresponde asumir ciertas posturas muy propias del marco jurídico considerado individualmente. Además, el desconocimiento de las mismas no trae como consecuencia la invalidez de su regulación sino tan sólo como lo afirma ZAFFARONI<sup>321</sup> la incapacidad de alcanzar su fin; esto es, la ineficacia.

Bernd SCHÜNEMANN<sup>322</sup> dice que otro punto determinante por el cual WELZEL consideró que tales estructuras lógico-objetivas tenían una importancia ineludible, fue el hecho de que estas eran en esencia unas “constantes antropológicas” de existencia previa al Derecho, y que por lo tanto no podían ser caprichosamente modificadas. A la par de este análisis, se va demostrando aún más el ansia intelectual del ex-catedrático de Bonn, por buscar una vía suprapositiva que lo conduzca a la edificación de un Derecho coherente, humanizado y ontológicamente adecuado, pero que en definitiva no será el Derecho Natural. Esto va llevando a la conclusión que anticipadamente fue enunciada según la cual WELZEL pertenece ideológicamente a los terrenos del “realismo jurídico”, en su enfoque interdisciplinario antropológico, porque para los iusrealistas el Derecho no consiste exclusivamente en normas carentes de sentido o tan sólo en un aislado “deber ser” sino que juzgan e identifican al derecho plenamente con el “ser”. “Ser” al que corresponde la naturaleza de la cosa wezeliana, y que por supuesto es el ingrediente clave en la construcción filosófica y dogmática de sus líneas teóricas sobre derecho penal.

---

320 WELZEL, Hans, Op., cit. p. 30-31.

321 ZAFFARONI Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, Op., cit. p. 95

322 SCHÜNEMANN, Bernd. Op., cit. p. 38.

De esta manera como se dijera en otro lugar<sup>323</sup>:

“Pero bien ¿y cuáles son esas estructuras lógico-objetivas a las que estaría vinculado el legislador? WELZEL se centralizó en las dos que consideró fundamentales para la construcción de la teoría del delito; estas fueron el concepto ontológico de acción y la estructura lógico-objetiva de la culpabilidad. Cada una de ellas será analizada en el acápite correspondiente a las implicaciones dogmáticas del finalismo.

Por ahora miremos brevemente el objetivismo metodológico y la afirmación de la síntesis óptica-axiológica. Como se recordará los neokantianos defendían el relativismo valorativo, deduciendo sólo valores subjetivos que residían en la mente de cada sujeto y no en el objeto mismo, por lo que predominaba en su pensamiento la “*forma*” sobre la “*materia*”. De esta manera construyen un método de gnoseología que se caracterizó por el conocimiento individualizado y por hechos referidos a valor.

WELZEL simplemente no resistió este giro subjetivista operado por el neokantismo y que aplicarían a la Ciencia del Derecho. Claro que su rechazo no fue dirigido a KANT, sino como lo dice MIR PUIG<sup>324</sup>, a su interpretación subjetivista. En un sentido distinto él consideró que los valores residen en la cosa en sí, no en el sujeto y que por lo tanto las categorías *a priori* son objetivas para toda mente inteligente, por lo que no es el método el que determina el objeto sino el objeto el que determina el método.

Si bien es cierto que hemos podido observar un cambio filosófico en las ideas welzelianas respecto de los neokantianos, aún más radical veremos será la transformación de la estructura del delito generada a partir del Esquema Finalista. Sin embargo, de todas ellas nos centraremos únicamente en el concepto de antijuridicidad que esgrimió el finalismo y la relación de dicha categoría dogmática con la antijuridicidad, para verificar si la *lesividad* o algunas de sus representaciones aparecieron en alguna de ellas.

---

323 Silva Reyes, Andres, Barajas Conde, Diego Javier y Peláez Mejía, José María. Significado, Alcance Y Criterios De Imputacion Objetiva: Una Vision Desde La Filosofia Del Derecho Y El Estado Social De Derecho. Recuperable en: <http://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/9516>

324 MIR PUIG, Santiago. Op., cit. p. 230.

Los causalistas clásicos y neoclásicos consideraban tradicionalmente la bipartición del injusto culpable de esta manera: objetivo-subjetivo. Más para su pesar intelectual, esta separación tan aparentemente clara de externo e interno, donde le atribuían lo exterior a lo injusto y lo interior a la culpabilidad, vendría a resquebrajarse al descubrirse los elementos subjetivos del injusto, contribuyendo de igual forma al desequilibrio de la dogmática imperante en el problema de la tentativa, a la que debieron justificar inclusive ubicando el dolo en la acción por carecer de posibilidades teóricas al dejarla en la culpabilidad.

Bajo este panorama de la dogmática penalista de mediados del siglo XX, Hans WELZEL utilizando su estructura lógico-objetiva de la acción descubre que los tipos penales se hallan integrados por dos aspectos: uno objetivo y otro subjetivo. Consideremos ahora lo siguiente: si los tipos penales lo que hacen es describir conductas (de acción u omisión) las cuales contienen necesariamente un ámbito subjetivo, ¿cómo podríamos negar entonces que el tipo descriptor de dicha acción no contenga uno de los elementos fundamentales que pretende describir, esto es el dolo?

En ese orden de ideas WELZEL pasó a discurrir que el dolo hacía parte integrante del tipo penal, y que por esta razón la tipicidad era tanto objetiva como subjetiva. El tipo objetivo lo definía como el núcleo real-objetivo de todo delito, o sea considerándolo la objetivación de la voluntad en las circunstancias exteriores del hecho. Por otra parte, el tipo subjetivo era la fracción de la tipicidad en que se podía encontrar el dolo y la culpa, así como los demás ingredientes subjetivos del injusto penal.

Justamente fue por ello que como bien lo reseña Juan BUSTOS RAMÍREZ<sup>325</sup> que en definitiva las implicaciones dogmáticas del finalismo fueron una tipicidad bifurcada en un aspecto objetivo, descriptivo y valorativo (del proceso causal) y un aspecto subjetivo (que recoge valorativamente el proceso desde el fin). Pero, ¿y qué ocurrió con la antijuridicidad?

---

325 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Derecho Penal, Tomo I, Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del Delito y el sujeto responsable. 2ª ed. Bogotá: editorial Leyer, 2008. p. 468.

Comencemos diciendo que WELZEL retoma, en cuanto a la relación de tipicidad-antijuridicidad, el concepto clásico (BELING) de que el tipo penal es *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad; o sea, indicio de la contravención de bienes jurídicos. Recordemos en cambio que para los neokantianos el tipo penal era *ratio essendi* de la antijuridicidad, lo que traía como consecuencia que por ejemplo una muerte causada en amparo de la legítima defensa afectara el injusto típico. Esto para el maestro alemán resultaba simplemente impensable y gráficamente nos muestra su ataque de la siguiente manera:

Se suele decir que la diferencia entre el concepto del tipo de BELING y el de SAUER-MEZGER consiste en que, según aquél, el tipo es la *ratio cognoscendi* y según éste la *ratio essendi* de la antijuridicidad. En la lógica estos términos son utilizados para distinguir el fundamento óptico (la causa) y el fundamento lógico; por ejemplo, el humo es el fundamento lógico de la

conclusión de que en algún sitio arde fuego; el fuego es, sin embargo, el fundamento óptico (la causa) del humo. Es evidente que la última relación es inaplicable a la de tipo -antijuridicidad-. El tipo no es, de ningún modo, la causa de la antijuridicidad como efecto.

Entre el tipo y la antijuridicidad es sólo posible la relación lógica de la razón y consecuencia. La diferencia entre las dos concepciones del tipo consiste, más bien, en que una identifica la tipicidad y la antijuridicidad y no puede establecer, por ello, entre ellas una relación de razón y consecuencia (de ahí el círculo vicioso, antes criticado), mientras que la otra considera que el tipo es una, pero no la *única* razón de la antijuridicidad.<sup>326</sup>

Ahora, si miramos la antijuridicidad por separado, sería viable decir que WELZEL la juzgó objetiva y valorativa, pero con la salvedad de que todas las causas de justificación contenían elementos subjetivos (conocimiento e intención). Además, dicho injusto personal no contendrá tan solo el desvalor del resultado, sino también el desvalor de la acción. Pero como este punto tiene una relación inescindible con la misión del derecho penal en el

---

326 WELZEL, Hans. Op., cit. p. 83.

esquema finalista, es importante recordar que según el doctrinante alemán el objetivo principal del ordenamiento punitivo consistiría precisamente en asegurar la validez inviolable de esos valores, mediante la amenaza y la aplicación de una pena, ya que no puede permitirse la inobservancia de los mismos a través de acciones infieles, indisciplinadas, deshonestas o desleales para con el Estado<sup>327</sup>; monopolio central de la garantización de los derechos que vendrían a gozar los individuos de una sociedad.

Pero al Derecho Penal Subjetivo debe interesarle menos el resultado positivo actual de la acción, ya que valorativamente cobra un mayor sentido real y prospectivo la tendencia positiva del actuar humano, lo que implicaría el aseguramiento de un verdadero respeto por los bienes jurídicos, es decir por la validez de los valores del acto. Al respecto Welzel señala lo siguiente, iniciando con una crítica a la concepción neokantiana:

“Fue un error de graves consecuencias de la moderna filosofía del derecho y de la ética, limitar, invocando incorrectamente a KANT, el concepto del sentir al sentir moral, pasando por alto que el sentir moral es solamente una especie del sentir. Sentir, entendido como estar dispuesto, o resuelto, o querer, es la conducta psíquica permanente, el modo constante de valorar y querer. En este sentido hay también un sentir legal (jurídico), consistente en la voluntad constante de cumplir los deberes jurídicos. Para este sentir jurídico, resulta indiferente que los motivos determinantes sean más bien los del interés egoísta, o los de la conciencia del valor (del cumplimiento del deber). El derecho debe ejercer su influjo sobre todos esos factores: mediante su contenido de valor, sobre la conciencia moral; mediante su permanencia, sobre la costumbre; y mediante la fuerza del derecho, sobre los instintos egoístas. Despertar, crear y conservar ese sentir jurídico legal, constituye una de las misiones fundamentales del derecho, ante todo del derecho penal y del derecho público.

De ello resulta que es misión del derecho penal la protección de los valores ético-sociales elementales del sentir (de acción), y sólo después, incluido en él, el amparo de los bienes jurídicos individuales.”<sup>328</sup>

---

327 WELZEL, Hans. Derecho penal, parte general. Buenos Aires: Roque De palma Editor, 1956. p. 3.

328 Ibid., p. 5.

Inclusive el concepto de bien jurídico se encuentra ausente en el esquema finalista como concepto central porque considera que lo principal es la misión ética del Derecho Penal. Sin embargo, partiendo de la esencialidad de la expectativa ideal ansiada por la comunidad, alcanza a definir el bien jurídico como aquel bien vital del grupo o del individuo, que en razón de su significación social, es amparado por el ordenamiento; en otras palabras “es todo estado social deseado que el derecho quiere asegurar contra lesiones”.<sup>329</sup>

Ahora bien, en cuanto a las tres hipótesis de *ausencia de lesividad* (insignificante lesión al bien jurídico, casos socialmente adecuados y falta de idoneidad de la conducta para generar daño o poner en peligro el bien jurídico) ya reseñados, ¿cómo los resolvió WELZEL y en qué parte del esquema del delito? A través de una categoría dogmática única que denominó *adecuación social* y cuya posición en la configuración de la conducta punible varió durante las distintas ediciones de sus obras.

De esta manera, y sintetizando la investigación del profesor Manuel CANCIO MELIA<sup>330</sup> se puede decir que la *Teoría de la Adecuación Social* pasó por varias etapas en el pensamiento del maestro alemán, las cuales pueden ser vistas de la siguiente manera:

- *Primera etapa o concepción original de la adecuación social:* En la formulación inicial Welzel subrayó que se excluirían del concepto de injusto aquellas acciones cuyo desarrollo funcional se realizara dentro del orden históricamente constituido, por ser socialmente adecuadas. En esa tónica conceptual, las acciones que sean adecuadas socialmente no serán, en su génesis, típicas, porque la conformidad social se constituye en el parámetro inicial de atribución de un resultado.
- *Segunda etapa:* Esta fue la fase de menos acogida doctrinaria, puesto que propuso la adecuación social como una causa de justificación

---

329 Ibid., p. 6.

330 CANCIO MELIÁ, Manuel, La teoría de la adecuación social en Welzel. En: ADPCP. [En línea] Fasc. II, 1993. p. 169-202. Disponible en Internet: <<http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/1.2.1manuelcancio.pdf>>

consuetudinaria. De haber seguido con tal concepción habría caído en una contradicción insalvable con su teoría del tipo penal porque como nos lo señala Cerezo Mir “si la conducta socialmente adecuada está conforme con el orden ético-social normal, histórico de la comunidad, no puede ser al mismo tiempo típica, es decir (según el concepto del tipo de Welzel) relevante para el derecho penal.”<sup>331</sup>

- *Tercera etapa:* Coloca nuevamente en el ámbito del tipo penal la adecuación social, pero esta vez no como un criterio inicial de imputación, sino más bien como un instrumento hermenéutico de los tipos penales. Al respecto explica Welzel que las conductas socialmente adecuadas no son necesariamente ejemplares, sino conductas que se mantienen dentro de los límites de la libertad de acción social. Por ello dicha adecuación se vendría a convertir en la “falsilla” de los tipos penales: representa entonces el ámbito normal de la libertad conductual.

De las fases anteriormente reseñadas el maestro CANCIO MELIÁ escoge la primera como ideal para emparentarla, hasta cierto punto, con la moderna teoría imputación objetiva. Se debe recordar el ejemplo del sobrino malvado que manda a su tío al bosque en un día de tormenta con la esperanza de que un rayo mortal lo alcance y pueda quedarse con su fortuna. Al respecto, WELZEL diría que dicho caso no tiene nada que ver ni con la causalidad ni con el dolo, sino tan solo con el significado social de la acción.

Esto denota que al parecer se estaría frente a un criterio objetivo de diferenciación atributiva, *ex ante* del análisis de finalidad, que anticipa en cierta medida el instituto de riesgo permitido de la moderna teoría de la imputación objetiva, resaltándose que la adecuación social welzeliana se anticipó a su tiempo constituyéndose en la precursora de la normativización del tipo objetivo.

Pues bien ahora que Manuel Cancio Meliá expone sus conclusiones al respecto:

---

331 Nota 11 en WELZEL, Hans, Nuevo sistema del derecho penal, Op., cit., p. 84.

“Después del análisis del planteamiento original de la adecuación social, desde luego cabe constatar características paralelas a las evoluciones doctrinales actuales en el ámbito del tipo objetivo que se denominan ‘imputación objetiva’. El punto de partida constituido por la adecuación social demuestra que el finalismo, la corriente dogmática iniciada por Welzel, no sólo pretendía añadir la finalidad al tipo objetivo del causalismo, sino que originalmente éste debía convertirse en la ubicación del significado objetivo del comportamiento. La extraordinaria amplitud del enfoque de la adecuación social en su formulación original, concebida como puerta normativa hacia el injusto, demuestra que no se trataba de un mero mecanismo corrector de los tipos por vía de interpretación, aunque fuese éste el prisma adoptado posteriormente por Welzel y por la práctica totalidad de la doctrina que se hizo eco de su propuesta. Además, esta amplitud también permite observar un paralelismo hacia aquellos intentos doctrinales que persiguen la ampliación de la imputación objetiva hacia una teoría del ‘lado externo del injusto’. Desde esta perspectiva, no puede seguir afirmándose que los resultados dogmáticos de la teoría final de la acción son necesariamente incompatibles con la imputación objetiva; por el contrario, la teoría de la adecuación social era en los albores del finalismo un embrión de una verdadera teoría general de la imputación objetiva.”<sup>332</sup>

Al respecto resulta interesante la nota que José Cerezo Mir lleva a cabo dentro de la traducción del libro “*Nuevo Sistema del Derecho Penal*” de Hans Welzel, pues en ella afirma que,

“este apartado IV no figuraba en la 4ª edición de este libro. Me ha sido remitido por el Prof. WELZEL como anticipo de las modificaciones que va a introducir en la próxima (9ª) edición de su Manual (Das deutsche Strafrecht). WELZEL vuelve ahora a la concepción de la adecuación social como causa de exclusión

---

332 CANCIO, Manuel, Op., cit. p. 728.

de la tipicidad que había mantenido ya en la 2ª edición de su Manual y en la primera edición de este libro. Este cambio es lógico pues al concebir WELZEL la adecuación social como causa de justificación, incurría en una contradicción con su concepto del tipo (en este sentido entre otros, LANGE, JZ, 1953, ps. 13 y ss.; SHAFFSTEIN, *Soziale Adäquanz and Tatbestandslehre*. Z.Str.W. 72, 1960, fasc. 3-4, ps. 372 y ss.: y HIRSCH, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*. Z.Str.W. 74, 1962. Fasc. 1, p. 80). Si la conducta socialmente adecuada está conforme con el orden ético-social normal, histórico de la comunidad, no puede ser al mismo tiempo típica, es decir (según el concepto del tipo de WELZEL) relevante para el derecho penal. El tipo no es para WELZEL una descripción desvalorizada (ver III de este cap.), sino que selecciona las conductas que suponen una infracción grave, insoportable, del orden ético-social de la comunidad. A partir de la 6ª edición de su Manual (1958, p.74) WELZEL había introducido ya la rectificación de que la adecuación social es también importante para la interpretación de algunos caracteres de los tipos y sobre todo para determinación del cuidado necesario en el tráfico.”<sup>333</sup>

Es indiscutible entonces que en el primer y tercer Welzel, la “adecuación social” constituye un criterio negativo de atribución de comportamientos a la tipicidad objetiva. Un criterio en el que se engloban las más diferentes hipótesis actuales de “riesgo permitido”, “autolesión” y “actuaciones a propio riesgo”, entre otras, cuyo seno es precisamente la construcción dogmática de la imputación objetiva.

Por otro lado es importante mirar sintéticamente la estructura que el primer Welzel le otorga la teoría de la “adecuación social”, analizando sus engranajes de aplicación:

- La configuración del tipo penal parte de una naturaleza dual: histórica y social, por lo que implica que dichos tipos penales describen conductas que suponen una infracción grave a los órdenes históricos de la vida social.

---

333 WELZEL, Hans. Op., cit. p. 84.

- Desde la anterior comprensión del tipo penal es posible afirmar entonces que el “orden histórico constituido” vendría a ser el rasero evaluador de lo que resulta socialmente adecuado o no, y por ende de lo que tendría el carácter de típico o atípico de las circunstancias conductuales evaluadas.
- Las conductas socialmente adecuadas no son conductas ejemplares, dignas de admiración o aplauso, pero se encuentran enmarcadas dentro de los límites de la libertad de acción social.
- Aun cuando las conductas se adecúen al tenor literal del tipo penal, si las mismas son socialmente adecuadas se generará como consecuencia a la atipicidad y no la antijuridicidad como ocurría en los esquemas causalistas.
- El significado de las expresiones contenidas en el tipo, sólo pueden averiguarse en su contexto social. En consecuencia, el argumento por el cual las conductas *socialmente adecuadas* son atípicas y no constituyen delito es que ellas hacen parte “del estado normal de libertad social de acción”<sup>334</sup> que les sirve de base y es supuesto tácitamente por los mismos tipos penales; mas no, la ausencia de *lesividad* o carencia de daño de un bien jurídicamente tutelado porque en esencia WELZEL no manejó ninguno de esos dos conceptos en su teoría, o al menos no como hoy los concebimos.
- Por último, es posible afirmar que las conductas socialmente adecuadas abarcan el siguiente grupo de casos en la perspectiva de WELZEL: (i) Aquellos que se mueven dentro del marco del orden social, histórico y normal de la vida humana tales como tener relaciones sexuales, participar en el tráfico motorizado, ferroviario o aéreo, los negocios que se mantienen dentro de los límites de una gestión ordenada aunque luego terminen siendo desventajas, etc.; es decir, todas las conductas que constituyan un riesgo jurídicamente irrelevante o inherentes al funcionamiento de la vida social y (ii) Las acciones de poca monta y que por ello mismo se encuentren dentro de la órbita de la libertad de acción social como por ejemplo: lesiones corporales insignificantes, una privación de la libertad irrelevante,

jugar dinero en muy pequeñas cantidades, la entrega de regalos de escaso valor en Año Nuevo a funcionarios de juzgados, las conductas meramente indecorosas o impertinentes, etc.

Así las cosas, se puede concluir que la teoría welzeniana no sólo pretendió incluir la finalidad al tipo objetivo del causalismo, sino que además le asignó a éste la importante función de ser el punto céntrico de ubicación del significado objetivo del comportamiento desplegado.

### 2.1.3 El *harm principle* y la lesividad en la perspectiva anglosajona

2.1.3.1 Breve caracterización de la teoría del delito en el modelo anglosajón. En el modelo tradicional y actual europeo (cuya fuente común, inclusive para los países latinoamericanos, la constituye la ciencia penal alemana) el delito es la suma de 4 categorías dogmáticas: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Y si bien es cierto que entre cada corriente del Derecho Penal y entre cada época de la dogmática jurídica, los contenidos de dichos elementos configurativos del delito son diversos (a veces sutilmente y en otras ocasiones de forma abismal<sup>335</sup>), también es verdad que cualquier manual de teoría del delito alemán, español y latinoamericano en general suele identificarse porque incorpora en su haber, más o menos, esa estructura habitual para la explicación de los elementos necesarios que deben satisfacerse a la hora de considerar un hecho acaecido como crimen, delito o conducta punible, según la denominación que el sistema jurídico haya adoptado. Así pues, “la sistemática asentada sobre las categorías de la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y culpabilidad, presentes desde el momento en que se logra un sistema completo (el sistema clásico) alternativo a las ‘teorías de la imputación’ dominantes hasta la mitad

---

335 De esta manera, y con el ánimo de mostrar nada más cómo a pesar de que normalmente la mayoría de doctrinantes europeos y latinoamericanos coinciden en definir el delito como una conducta típica, antijurídica y culpable, otros muchos autores divergen en tal estructuración del mismo se podría referir, por ejemplo, a quienes consideran que aun cuando “en la bibliografía está difundida la concepción de que la acción debe ser explicada como nivel autónomo de la estructura antes de analizar la tipicidad (Roxin, AT 1, n.º m. 8/3, 42s; Wessels/Beulke, AT, n.º m. 83)”, lo cierto es que “ese procedimiento es innecesariamente complicado y carece de fundamento también desde el punto de vista lógico-conceptual. La acción es una parte de la situación de hecho descrita en el tipo (al respecto, NK/Puppe, previo al §13, n.º m. 44s., con otras referencias) y, por ello, debe ser subsumida en el tipo mismo, al igual que las otras partes de él.” FRISTER, Helmut. Derecho penal, Parte General. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2016. p. 161, nota el pie de página 1.

del siglo XIX, no se ha visto afectada en lo fundamental<sup>336</sup>, conservándose igualmente la visión *negativa* que de cada una de las mencionadas categorías dogmáticas o elementos del delito tienen las ausencias de responsabilidad, y esto a pesar de que la ubicación de ellas al interior del esquema haya sido siempre tan problemática. De esta manera, el sistema europeo y latinoamericano está diseñado de tal forma que, así como existe un número determinado de elementos que integran el “tipo penal”, la “antijuridicidad” o la “culpabilidad”, si alguno de ellos llega a faltar por la concurrencia de alguna causal de ausencia de responsabilidad, entonces no existirá responsabilidad penal. En consecuencia, el esquema continental reseñado no funciona bajo la modalidad de *regla/excepción* (como en la vertiente anglosajona<sup>337</sup>) donde, aun cuando el acontecimiento investigado encaje en el supuesto de hecho previsto por la ley penal, en virtud de una especie de excepción, termina no siendo aplicada la consecuencia jurídica, sino que, a diferencia de dicha perspectiva, aquél opera bajo una lógica distinta conforme a la cual la inexistencia del delito se produce cuando uno o varios de sus elementos no llegan a configurarse por aparecer una causal de ausencia de responsabilidad cuya implicación no es otra que la *negación* de alguno de los elementos configurativos de la conducta punible. En ese orden de ideas, la mecánica de lo expuesto:

**Tabla 3.** Breve esquema de la conducta punible y su aspecto negativo.

Hay delito si el hecho es una	No hay delito si el hecho
Conducta	No es una conducta
Típica	Es atípico
Antijurídica	Está justificado
Culpable	Está exculpado

Fuente: propia.

336 SILVA, Jesús María. Introducción. En: SHÜNEANN, Bernd. El sistema moderno del derecho penal. Cuestiones fundamentales. Buenos Aires: B de F, 2012. ISBN: 9789974676855. 262 p.

337 De ese criterio, ilustrativamente, véase a: FLETCHER, George P. Conceptos básicos de Derecho Penal. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997. p. 145 y ss.

Por el contrario, a diferencia de dicho modelo, el sistema anglosajón (en los ordenamientos jurídicos inglés y estadounidense) ha desarrollado un esquema configurativo del delito compuesto únicamente por dos elementos: el *actus reus* y el *mens rea* bajo la fórmula *actus non facit reum, nisi mens rea sit* (la simple realización de un acto no hace culpable a alguien, a menos que haya una mente culpable)<sup>338</sup>, en el que la exención de responsabilidad se genera por la concurrencia de alguna de las *defences* previstas en la ley escrita o los *case law*, cuya teleología consistiría en negar la responsabilidad penal pero no porque ellas conlleven la inexistencia de algunos de los elementos del delito, sino sencillamente porque a pesar de que estos se encuentren presentes, tales “excusas” o “justificaciones” constituyen una excepción a la aplicación de la sanción penal prevista en el estatuto punitivo.

El *actus reus* (acto criminal) es definido como el elemento externo del delito que deben ser demostrados por la acusación y que hacen referencia principalmente al comportamiento del sujeto. Así pues, integrarían este primer componente del delito los siguientes elementos<sup>339</sup>:

- I. De manera principal la “acción” y de forma excepcional la “omisión” junto con “*un cierto estado de cosas (state of affairs)*”<sup>340</sup>, en algunas ocasiones.
- II. En los delitos de resultado también harían parte del *actus reus* el “resultado” y la *causation* o “relación de causalidad”. Sobre este último punto es importante señalar que aun cuando para determinar el nexo causal se sigue la teoría de la *conditio sine qua non* (bajo el mecanismo de *but for test*<sup>341</sup>), en general los

338 JAMES, Philip. Introducción al derecho inglés. Bogotá: Editorial Temis, 1996. p. 143 y ss.

339 Se sigue en este sentido a BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. Derecho Penal Comparado. La definición del delito en los sistema anglosajón y continental. Barcelona: Editorial Atelier Libros Jurídicos, 2011. p. 116 y 117. Sin embargo, la clasificación que llevan a cabo otros doctrinantes puede variar. Así pues, por ejemplo, BERNATE OCHOA establece que los tres elementos que integran el *actus reus* son:

- Una acción voluntaria o carencia de acción.
- Un daño condenado por el estatuto penal.
- Un nexo causal.

BERNATE. El sistema penal del Common Law. Puntos de contacto y perspectivas para la legislación colombiana. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2014. p. 110.

340 Ibid., p. 116

341 DRESSLER, Joshua y GARVEY, Stephen P. Cases and materials on Criminal Law. Estados Unidos: Editorial West Thompson Reuters Business, 2007. p. 213 y ss. Dicho test suele describirse así: “*Under this test, a defendant’s conduct is a cause-in-fact of the prohibited result if the said result would not have occurred ‘but for’ the defendant’s conduct; stated differently, the defendant’s conduct is a cause-in-fact of a particular result would not have happened in the absence of the defendant’s conduct.*”

anglosajones no han elaborado una metodología científica para determinar cuándo existe causalidad y cuándo no, razón por la cual suelen seguirse una serie de principios nacidos del estudio de casos concretos fallados en los distintos tribunales o cortes de decisión criminal. Por ende, no se evidencia en los Estados Unidos o en Inglaterra una teoría equiparable a la *imputación objetiva* o al menos un cuerpo teórico sistematizado que brinde criterios ciertos y seguros de atribución normativa de los comportamientos<sup>342</sup>, a pesar de que ciertos tribunales en casos médicos hayan acudido ocasionalmente a conceptos de connotación jurídica tales como la causa relevante (*cause of substance*) o la causa significativa (*significant cause*). Sin embargo, *sí existen* unas pocas instituciones jurídicas dispersas en los *case law*, excluyentes de la causalidad, que de cierta forma podrían equipararse en su contenido con algunos criterios de la actual imputación objetiva alemana o teorías causales previas a ella, tales como:

- a. El criterio de la *reasonable foreseeability*<sup>343</sup> muy similar a la previsibilidad *ex ante* propio de la teoría causal de adecuación y de la teoría de la imputación objetiva cuando se trata de determinar si se encuentra en un caso de ausencia de determinado grado de riesgo exigido para la atribución normativa del comportamiento<sup>344</sup>.
- b. El caso de los elementos sustitutivos consistente en la inexistencia de causalidad cuando la conducta del agente es reemplazada o sustituida por factores independientes que sobrevienen a ella, sin importar de que tengan un origen natural o humano<sup>345</sup>. Este criterio podría encontrar paralelo en aquellos casos en los que según ROXIN<sup>346</sup> falta la realización

---

342 De este criterio: MUÑOZ CONDE, Francisco. En: FLETCHER, George P. Conceptos básicos de Derecho Penal. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997. p. 118., en una nota al pie de página; BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. Derecho Penal Comparado. La definición del delito en los sistema anglosajón y continental. Barcelona: Editorial Atelier Libros Jurídicos, 2011. p. 124 y 125; BERNATE, Francisco. El sistema penal del Common Law. Puntos de contacto y perspectivas para la legislación colombiana. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2014. p. 239.

343 MELERO, F. Javier. Codificación e interpretación judicial en el Derecho penal (Introducción al estudio del derecho sustantivo angloamericano) (1) (2). En: Anuario de derecho penal y ciencias penales. Febrero, 1994. T. 47, p. 98.

344 Así, por ejemplo: MIR PUIG. Op., cit. p. 261 y LUZÓN. Op., cit. p. 352.

345 State v. Wood, 53 Vt. 558 (1881), citado por GREEN, León. Are There Dependable Tules of Causation. Faculty Scholarship Series, 1929. Paper 4455.

346 ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General. Op., cit. p. 373.

del riesgo en el resultado o también los denominados cursos causales extraordinarios o no habituales<sup>347</sup>.

- c. El caso de los factores extraños que sobrevienen de forma independiente a la conducta del autor haciendo que esta no sea la causa determinante del resultado<sup>348</sup>, el cual también sería similar en su paralelo respecto a la imputación objetiva con la falta de realización del riesgo en el resultado.

III. Los elementos particulares que cada delito establezca como definiciones particulares del mismo.

La *mens rea* (mente criminal) constituye el elemento interno del delito cuyo contenido es plenamente psicológico y se concibe como un “estado de la mente” (*state of mind*) o una “mente culpable” (*guilty mind*) cuyas “formas” o elementos – siguiendo el *Model Penal Code* – serían<sup>349</sup>:

- a. El *purposely* (a propósito) o *intention* (la intención) no suele ser definida por los estatutos oficiales, pero sí por las Alta Cortes asociándolo con un estado mental en el cual existe un elevado grado de certeza en lo relativo a la conducta realizada y su resultado, teniendo como característica adicional que respecto a éste último el sujeto no lo considera simplemente una consecuencia previsible, sino la culminación del propósito buscado. Al lado de dicha intención directa aparece la *oblique intention* (intención oblicua o indirect) en la que no se tiene conocimiento cierto del resultado, pero él sí resulta completamente previsible.
- b. El *knowingly* (con conocimiento) entendido como aquella actuación en la cual la persona sabe lo que está haciendo plenamente y está prácticamente seguro además que su conducta causará el resultado prohibido por la ley<sup>350</sup>.

---

347 V. gr. HILGENDORF, Eric y VALERIUS, Brian. Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2017. p. 68.

348 MELERO, F. Javier. Op., cit. p. 98.

349 BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. Op., cit. p. 130 y ss.

350 Aparece en Art. 2. 1040 Model Penal Code – Miscellaneous. Sección 2.02 General Requirements of Culpability, 1986.

- c. La *recklessness* (o temeridad) es aquel estado mental en el que se encuentra una persona que actúa cuando puede prever que su comportamiento producirá un riesgo substancial o altamente peligroso.
- d. La *negligently* (negligencia) sería aquel estado mental con el que actúa una persona cuando debió prever, y no lo hizo, que su comportamiento produciría un riesgo de que los hechos prohibidos se presentaran o generara un resultado reprochable.

Por último, están las *defences* o causales eximentes de responsabilidad que como se explicó líneas atrás funcionan bajo la modalidad de *excepción* a la regla configurativa del delito y la aplicación de la sanción penal. No obstante, esta visión *procesal* de las eximentes ha sido renovada y ahora además de las *substantives defences* (*justifications* y *excuses*) existen también de las *denials of responsibility* (*denials of proof*) cuya función es *negar* alguno de los elementos positivos del delito. En ese orden de ideas, es importante recordar que, por el contrario, las *substantives defences* presuponen y aceptan como configurados los elementos del delito excluyéndose la responsabilidad, no por la ausencia de estos, sino “atendiendo a principios valorativos ajenos a la definición particular”<sup>351</sup> del delito en general; esto es, según se dijo, como si fueran una excepción a la norma penal que ordena responsabilizar al autor o partícipe del hecho adecuado a la misma.

Sintetizando y agrupando las ausencias de responsabilidad sostendría lo siguiente:<sup>352</sup>

---

351 BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. Op., cit. p. 153.

352 Se sigue para la elaboración del cuadro a BERNATE, Francisco. Op., cit. p. 227; BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. Op., cit. 161 y ss; JAMES, Philip. Op., cit. p. 147; HENDLER, Edmundo S. Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 65; FLETCHER, Georg. Op., cit. p. 147 y ss.

**Tabla 4.** Esquematización de las ausencias de responsabilidad en el esquema anglosajón.

<i>Denials of responsibility</i> (las cuales impiden la prueba de algunos de los elementos del delito ya sea <i>actus reus</i> o <i>mens rea</i> )	<i>Substantives Defences</i> (eximentes de responsabilidad a pesar de la configuración positiva del <i>actus reus</i> y <i>mens rea</i> )
1. La edad mínima para ser penalmente responsable	<b>Objective Justifications</b>
2. La incapacidad para ser juzgado o doctrina de la <i>unfitness to plead</i>	1. Uso legítimo de la fuerza ( <i>use of force</i> ) 2. Legítima defensa 3. Estado de Necesidad 4. Provocación 5. Desistimiento 6. Arrestos policiales o civiles acorde la ley
3. La <i>insanity</i> o declaración especial de demencia	
4. La intoxicación	<b>Excuses</b>
5. Cualquier causal de involuntariedad tales como el sonambulismo, el automatismo, la inconsciencia, etc.	1. Actuación por miedo bajo coacción de terceros ( <i>duress by threat</i> ) u otras circunstancias ( <i>duress of circumstances</i> ) 2. El error ( <i>mistake</i> ) sobre los hechos de la acusación. No cabe como defensa, por regla general, el error de derecho. 3. La incitación por un agente provocador

Fuente: propia.

El doctrinante norteamericano, Paul H. ROBINSON, particularmente relevante para los efectos de esta investigación, incluye también la *offense modification* bajo el tamiz de una eximente de responsabilidad definiéndola como aquella circunstancia en la cual, aun cuando se configuran todos los elementos del delito (*actus reus* y *mens rea*), la persona investigada no es sancionada por el estatuto criminal al no haberse generado con su actuar el daño que precisamente la ley penal intentaba prohibir y evitar<sup>353</sup>. Esto, sin lugar a dudas, guarda una profunda similitud con el grupo de casos que encajarían en la denominada *ausencia de lesividad* del sistema continental europeo mostrándonos a su vez que el *harm principle* en el cual se fundamenta la *offense modification* podría llegar a asociarse y enriquecerse mutuamente con el *principio de lesividad* u *ofensividad* que impera en los países de tradición romano-germánica y en los latinoamericanos.

---

353 ROBINSON, Paul. Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis. En: Columbia Law Review. [En línea] 1982, vol. 82.N no. 2, p. 199-291.

2.1.3.2 *Harm principle* y *lesividad*: En el derecho penal suele contraponerse el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos con el de harm principle (principio del daño o prevención del daño) buscando hallar puntos de encuentro entre uno y otro, precisamente porque mediante el primero de ellos es que la mayoría de la doctrina jurídico penal justifica la criminalización de las conductas humanas en el sistema continental, al igual que paralelamente también lo hace el modelo anglosajón con el segundo de los principios mencionados<sup>354</sup>. Sin embargo, tales esfuerzos dogmáticos, aunque valiosos, distan mucho de ser los correctos puesto que el verdadero gemelo dogmático del harm principle se encuentra es en el principio continental de lesividad, cuyo contenido, según se explicó en la introducción de este capítulo, no implica necesariamente la asunción de la teoría de los bienes jurídicos dado que en esencia éste conlleva únicamente la exigencia de un “daño” a “algo” (como igualmente lo hace su homólogo anglosajón), pero sin que tal circunstancia traiga consigo la obligación de asumir o entender que se trata de “daño de bienes jurídicos”, “daño de principios morales”, “daño de derechos fundamentales”, etc., ya que el “daño de...” es una norma camaleónica que permite ser adaptada y completada a partir de los demás principios de política criminal que un momento determinado un Estado edifique de acuerdo a sus necesidades. Ello no significa, empero, que sea un concepto vacío porque el piso sobre el cual descansa y se soporta su estructura es la visión liberal y racionalista originaria del “daño” asociado al menoscabo de derechos individuales; es decir, a la injustificada disminución, lesión o pérdida de aquellos estados vitales, armónicos, placenteros, de libertad y propiedad de los que goza toda persona humana por el hecho mismo de serlo.

Si bien es cierto que muchos autores asocian con frecuencia el origen del principio del daño (ya sea anglosajón o continental) con la figura de John STUART MILL y su ensayo *Sobre la libertad*, también lo es que ya desde ARISTÓTELES en su *Retórica* y EPICURO en sus *Máximas Capitales* se fundamentaba el castigo de una

---

354 V.gr. AMBOS, Kai. Bien jurídico y “harm principle” bases teóricas para determinar la “función global” del derecho penal internacional. Una segunda contribución para una teoría coherente del derecho penal internacional. En: Revista de derecho penal y criminología. [En línea]. 2013, no. 10. ISSN 1132-9955. p. 343-378; HIRSCH, Andrew. El concepto de bien jurídico y el principio de daño. En: HEFENDEHL, Roland (Ed.) La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2016. WITTIG, Petra. Teoría del bien jurídico, Harm Principle y delimitación de ámbitos de responsabilidad. En: HEFENDEHL, Roland (Ed.) Op., cit.

persona a partir del daño que su “injusticia” (o delito) ocasionaba en otra<sup>355</sup>. Así mismo, idénticas referencias pueden encontrarse en HOBBS, PUFENDORF, LOCKE y posteriormente en BECCARIA<sup>356</sup>, razón por la cual la exigencia de *daño* no podría considerarse un concepto privativo del sistema anglosajón sino, por el contrario, completamente transversal tanto a dicho modelo como al continental europeo y de allí a todos los ordenamientos legales que bebieron de una u otra tradición jurídica.

¿Qué es, pues, el *harm principle*? En la concepción originaria de MILL es un principio limitador del derecho penal en virtud del cual no era posible castigar legítimamente conductas que únicamente conllevaran lesiones para sí mismos o comportamientos inmorales. Pero posteriormente, en los años 80, a partir de la obra de FEINBERG se estableció en el sistema angloamericano como razón suficiente para criminalizar una conducta el hecho de que ella resultara lesiva para los otros<sup>357</sup>. En consecuencia, resulta importante que el legislador a la hora de convertir en delito un comportamiento tenga en cuenta tres factores: “*la magnitud del daño posible, su probabilidad, y el valor independiente de la conducta creadora de riesgo.*”<sup>358</sup> No obstante, cuando la conducta no sea completamente inofensiva pero tampoco necesariamente dañina FEINBERG propone 4 reglas de oro al legislador:

“a. cuanto mayor es la gravedad de un posible daño, menor la necesidad de su probabilidad de ocurrencia para justificar la prohibición (...); b. cuanto mayor la probabilidad del daño, menor la necesidad de gravedad del daño para justificar la coerción; c. cuanto mayor la magnitud del riesgo de dañar, éste compuesto por gravedad y probabilidad, menos razonable es la aceptación del riesgo; d. cuanto más valiosa (útil) es la conducta peligrosa (...) más razonable es tomar el riesgo de las consecuencias dañinas (...); e. cuanto más razonable es el riesgo de dañar (el peligro), más débil es el caso que prohíbe la conducta (...).”<sup>359</sup>

---

355 Para la compilación de referencias al respecto véase a FERRAJOLI, Luigi. Op., cit. p. 466.

356 Ibid., p. 466.

357 Sobre el particular: HIRSCH, Andrew. Op., cit. p. 35.

358 AMBOS, Kai. Op., cit. p. 364.

359 Ibid., p. 364., nota al pie de página número 90, citando a FEINBERG, Joel. *Harm to Others* (supra nota 61). New York: Oxford University Press. 1984. p. 216.

Basado en lo anterior, y con el objetivo de lograr palpar diferencias y afinidades entre los distintos mandatos de optimización, se argumentan de presente las *consecuencias* que para el *ius puniendi* traen consigo los límites trazados por el *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, el *principio de lesividad* y el *harm principle* así:

Asumir el *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos* implica:

- I. La exclusión de las simples inmoralidades como objeto de protección jurídica por parte del Derecho Penal, significando ello que el Estado no podría convertir en delito aquellos comportamientos que tan solo constituyeran meras inmoralidades, por el solo hecho de serlas o por resultar odiosas para un sector determinado de la sociedad.
- II. Se haría necesario diferenciar entre *delitos* y *contravenciones* basados en el hecho de que los primeros protegerían bienes jurídicos de algún tipo, mientras que las segundas tan solo constituirían normas elaboradas “*al servicio de las misiones públicas de orden y bienestar*” concretándose ellas en “*desobediencias éticamente incoloras (...)*”<sup>360</sup>. Todo esto no significa empero, que una contravención no pueda en un momento determinado y de manera casual mas no teleológica llegar a lesionar o poner en peligro un bien jurídicamente tutelado, sin que ello implique que su edificación haya obedecido a tal finalidad.
- III. Se imposibilitaría la tipificación o criminalización de conductas que no protegieran nada; esto es, que fueran arbitrarias, puesto que ellas violarían el principio constitucional de “*exclusiva protección de bienes jurídicos*”.
- IV. Le quedaría vedado al legislador proteger mediante normas penales las ideologías, los pareceres, las opiniones mediáticas o las perspectivas

políticas puesto que todas ellas no constituirían ningún tipo de bien jurídicamente tutelado<sup>361</sup>.

Igualmente, el *principio de lesividad* conlleva:

- I. La exclusión de punición de casos cuya lesión sea insignificante o de bagatela.
- II. La prohibición de criminalizar casos socialmente adecuados bien sea porque se trata de conductas riesgosas inherentes al funcionamiento de la vida social o porque carecen en general de relevancia jurídica.
- III. La prohibición de sancionar penalmente los casos cuyos medios empleados en la conducta no sean idóneos para lesionar el bien jurídico o resulten en general completamente inocuos; lo que implica a su vez la no criminalización de la tentativa inidónea o delito imposible.
- IV. La obligación de edificar un esquema del delito que exija como requisito jurídico penal para la afirmación de responsabilidad penal la *lesividad* del comportamiento.

Por último, el *harm principle* de forma más cercana al principio de lesividad que al de exclusiva protección de bienes jurídicos establece las siguientes consecuencias:

---

361 El profesor ROXIN dada la tajante separación que establece entre *bien jurídico* y *derechos humanos* obtiene como límites para el legislador los siguientes [que desde la perspectiva colombiana no pueden ser compartidos en su totalidad]: (1) son ilegítimas aquellas normas penales que vienen motivadas exclusivamente por la ideología o que atentan exclusivamente derechos humanos o derechos fundamentales; (2) la mera delimitación de la finalidad de la ley no constituye todavía un bien jurídico – Vgr. el caso de consumo personal de drogas –; (3) la simple ilicitud moral no basta para justificar una disposición penal; (4) la lesión de la propia dignidad no implica la laceración de un bien jurídico – por ejemplo, el caso de la modificación artificial de la información genética –; (5) la protección de sentimientos sólo puede considerarse que protege bienes jurídicos si tutela sentimientos de inseguridad; (6) ni la autolesión consciente ni su posibilidad o favorecimiento pueden legitimar la amenaza de la pena; (7) las leyes penales simbólicas no son útiles ni protegen bienes jurídicos de ninguna clase – Vgr. el delito del negacionismo del holocausto nazi –; (8) los simples tabúes no son bienes jurídicos y por lo tanto no deben ser protegidos por el Derecho Penal – Ej: el incesto –; y (9) tampoco pueden reconocerse como bienes jurídicos los objetos de abstracción inaprensible – por ejemplo, el delito de desprecio de las creencias que se tipificó por perturbar la paz pública –. Ver: ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal? En: HEFENDEHL, Roland (Ed.). Op., cit. p. 439 y ss.

- I. Impide la criminalización de aquellas conductas que aun cuando sean indeseables no causan daño o un riesgo efectivo de lesión<sup>362</sup>.
- II. La criminalización de una conducta no encuentra legitimación si esta no trae consigo un *harm to others*<sup>363</sup>.
- III. La responsabilidad penal no se debe producir a menos que los tipos penales esté diseñados de tal manera que prohíban un mal o daño no trivial (un riesgo sustancial)<sup>364</sup>.
- IV. La razón de ser de las causales de justificación (lo que las hace inteligibles) es el hecho de que los tipos penales se encuentran diseñados de tal manera que proscriben un mal o daño no trivial<sup>365</sup>.
- V. Siguiendo al *Standard Harms Analysis* de Andrew von HIRSCH todo proceso de criminalización conllevaría el cumplimiento necesario de al menos tres pasos: “(1) considerar la gravedad del eventual daño y su probabilidad,(2) ponderar en contra el valor social de la conducta y la restricción de la libertad del actor por una posible penalización, (3) tomar en cuenta ciertas restricciones colaterales de la penalización, por ejemplo, la infracción de los derechos de privacidad y a la libertad de expresión.”<sup>366</sup>
- VI. La obligación de edificar como eximente de responsabilidad la “ausencia de daño”; esto es, *offense modification*<sup>367</sup>.

A partir de lo expuesto en este acápite es posible llegar a varias conclusiones importantes: *primero* que tanto la lesividad como el *harm principle* tienen funciones similares a nivel de limitación del *ius puniendi* y constituyen el

---

362 HIRSCH, Andrew. Op., cit. En: HEFENDEHL, Roland (Ed.). Op., cit. p. 36.

363 Ibid., p. 43

364 HUSAK, Douglas. Sobrecriminalización. Los límites del Derecho Penal. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2013. p. 123.

365 Ibid., p. 124.

366 AMBOS, Kai. Op., cit. p. 365.

367 ROBINSON, Paul H. Op., cit. p. 199-291

fundamento de distintas categorías dogmáticas entre las cuales se destacarían en el sistema continental la exigencia de *lesividad* para poder afirmar la responsabilidad penal y, en el sistema angloamericano, la ausencia de daño como eximente de responsabilidad; *segundo* la idoneidad lesiva de los comportamientos y la inadecuación social como contenidos y consecuencias prácticas de los principios mencionados; *tercero*, la diferencia conceptual y estructural entre la *teoría del bien jurídico* y el *harm principle*, así como la afinidad de este último con el *principio de lesividad*; y *cuarto* el tronco común que ya sea en la lesividad o en el *harm principle* encuentran la exigencia de daño como elemento del delito y la fundamentación de las causales de justificación.

## **2.2 TOMA DE POSTURA: FUNDAMENTOS PARA SU CONSIDERACIÓN COMO UN ELEMENTO NEGATIVO DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA**

### **2.2.1 Antecedentes (a partir del funcionalismo)**

2.2.1.1 *Posturas doctrinales*: La reconstrucción histórica realizada en el acápite 2.1.2 junto con la que aquí se procederá a realizar tienen como objetivo demostrar que la *lesividad* bajo la modalidad de categoría dogmática tuvo su razón de ser y ubicación en la *antijuridicidad* hasta el finalismo (donde inclusive ya empezaba a tambalear), pero que, con la aparición del funcionalismo y las teorías ecléticas que acogieron como viable la inclusión de la *imputación objetiva* para limitar el marco de atribución de los delitos, perdió fundamento la asociación entre aquellas pasando a tomar fuerza una nueva vinculación: *imputación objetiva y lesividad*.

Actualmente, la mayoría de teóricos del derecho penal suelen incorporar el análisis de la *lesividad* del comportamiento en sede de la tipicidad objetiva. Sin embargo, no todos lo llevan a cabo en la *imputación jurídica del resultado* sino en niveles distintos de valoración. En consecuencia, se mostrarán las distintas perspectivas que respecto a la temática mencionada se han elaborado.

Comenzando por describir el pensamiento de Claus ROXIN se tendría que para este autor todos los casos cobijados como carentes de lesividad generan atipicidad

del comportamiento, pero por distintas razones dependiendo de la situación que se trate. Así pues, explica que, aunque en general se atribuye a la *adecuación social* el fundamento de dicha exclusión de tipicidad, lo cierto es que la jurisprudencia alemana no ha sido clara en plantear la ubicación de dicho elemento al interior del esquema del delito, emprendiendo por ello el profesor ROXIN la reconsideración de la institución que en otrora desarrollara WELZEL, reconduciéndola a aceptarla, a lo sumo nos explica, como un *principio de interpretación* del tipo penal o una caracterización general de éste pero nada más que eso y nunca como un elemento del mismo, al punto de concluir que “*si alguien valora erróneamente su conducta típica como socialmente adecuada*”<sup>368</sup> no habría error de tipo excluyente del dolo sino únicamente error de prohibición. No obstante, el verdadero fundamento por el cual son atípicos los casos que normalmente se incluyen dentro de tales supuestos se presenta la siguiente argumentación:

- I. Respecto a los riesgos jurídicamente irrelevantes o permitidos la razón de ser de su atipicidad es la falta de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado como primer escalón necesario para la imputación objetiva del comportamiento.
  
- II. En cambio las acciones insignificantes y las socialmente toleradas generan atipicidad del comportamiento es por la falta de lesión al bien jurídicamente protegido y “**por eso** no se considera el hecho como infractor de la prohibición.”<sup>369</sup> Empero, ROXIN no le da una ubicación precisa a dicha regla como elemento del tipo penal, sino que a pie de página número 75<sup>370</sup> asegura que el *principio de insignificancia* opera allí es como una máxima de interpretación de los tipos penales. A pesar de ello, en el capítulo dedicado a la *imputación el tipo objetivo* ROXIN termina agrupando los casos inocuos, socialmente adecuados<sup>371</sup> e

---

368 ROXIN. Op., cit. p. 295.

369 Ibid., p. 296.

370 Ibid., p. 296.

371 Similar tratamiento a los casos socialmente adecuados como **circunstancias negativas de imputación objetiva** por: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; & otros. Curso de Derecho Penal Parte General. Barcelona: Ediciones Experiencia S.L., 2004. p. 224.; STRATENWERTH, Günther. Derecho Penal, Parte General I. Hecho punible. Buenos Aires: Hammurabi, 2016. p. 154; HILGENDORF, Eric y VALERIUS, Brian. Derecho Penal Parte General. Buenos Aires: Editorial: Ad – hoc, 2017. p. 218.

insignificantes como hipótesis subsumibles en el criterio negativo de imputación objetiva denominado *falta de creación de peligros jurídicamente relevantes*<sup>372</sup>.

Gonzalo D. FERNÁNDEZ en su monografía *Bien jurídico y Sistema de Delito* realiza una apuesta diferente y aunque inicialmente define tanto la *insignificancia* y la *adecuación social* como principios hermenéuticos restrictivos del tipo penal al igual que ROXIN, reconstruye y agrupa todos los casos usualmente considerados insignificantes o socialmente adecuados en un *tercer nivel* de tipicidad (posterior y diferente de la *subsunción* y la *imputación objetiva*) al que denomina *afectación del bien jurídico protegido*. No obstante, asegura dicho autor, ello no debe confundirse con la *lesión del bien jurídico* que opera en sede de la “antijuridicidad” y no la “tipicidad” como si ocurre con la *afectación*. En tal sentido, “solo cuando esa afectación del bien jurídico no aparezca excepcionalmente autorizada o permitida a través de un tipo de justificación (tipo permisivo) podrá, entonces sí, sostenerse con propiedad que media ya no una simple afectación, sino una lesión efectiva (no autorizada) del bien objeto de protección jurídico-penal.”<sup>373</sup> Para efectos de explicitar su postura propone el siguiente esquema del delito<sup>374</sup>:

**Tabla 5.** Esquema del delito de Gonzalo D. Fernández.

TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN DEL ACTO (Teoría del acto)	
Nivel de la tipicidad	
1.	Juicio de subsunción lógica entre los hechos y el modelo de conducta representado por la ley penal (tanto a nivel objetivo como subjetivo)
2.	Imputación objetiva <ol style="list-style-type: none"> <li>a. Creación de un riesgo jurídicamente desaprobado</li> <li>b. Realización del riesgo en el resultado</li> </ol>

372 Ibid., p. 366 y ss.

373 FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien jurídico y sistema del delito*. Montevideo: Editorial B de F, 2004. p. 176.

374 Se reproduce mediante una tabla **parte del esquema** propuesto en la página 307 ídem.

3. <i>Afectación del bien jurídico protegido</i>
a. Determinación del daño o puesta en peligro efectiva del bien jurídico, acorde el modelo de conducta propuesta por el tipo
b. Inexistencia de causales de exclusión del tipo tales como:
• Insignificancia
• Adecuación social
<b>b) Nivel de la antijuridicidad</b>
4. Inexistencia de causales de justificación penal (inadecuación de la conducta al tipo permisivo)
5. Reconversión automática de la afectación no permitida del bien jurídico protegido en una <i>lesión</i> (no justificada) de él.

Fuente: propia.

De manera similar el tratadista Eugenio Raúl ZAFFARONI propone la teoría de la *tipicidad conglobante* ampliando el tipo penal a uno que él denomina *tipo conglobante* y en el cual la conflictividad se establece, más allá de la *función sistemática* que únicamente permitiría descartar las conductas inocuas, por medio de dos criterios: “(a) que haya lesividad, o sea, una lesión (a un derecho o bien jurídico ajeno) y (b) que sea objetivamente imputable al agente como obra propia”<sup>375</sup>, llamando a tales circunstancias *función conglobante* del tipo penal. Pese a ello, el profesor argentino amplía el contenido de aquellos aspectos que se consideran ausentes de lesividad y diversifica los criterios de imputación objetiva de la siguiente manera<sup>376</sup>:

I. La *función sistemática* del tipo penal objetivo se satisface con la verificación de 6 elementos:

- Acción
- Resultado
- Nexo causal
- Sujeto activo
- Sujeto pasivo
- Otros elementos típicos

375 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. Op., cit. p. 357; Críticamente. RIGHI, E. Derecho Penal, Parte General. Argentina: Abeledo-Perrot, 2013. p. 157., quien establece que “con la adopción de este punto de vista no se obtienen consecuencias distintas a las de la doctrina dominante.”

376 Se sigue libremente el esquema que aparece Ibid., p. 369.

## II. La *función conglobante* implica verificar:

- La *lesividad* del comportamiento la cual no se presenta si existe:
  - ◊ Insignificancia
  - ◊ Cumplimiento de un deber
  - ◊ Consentimiento

### Acciones fomentadas por el derecho

- La *imputación objetiva* como “pertenencia a un sujeto” se produce si se cumplen dos requisitos:
  - ◊ Dominabilidad del hecho
  - ◊ Aporte no banal del partícipe secundario

Ahora bien, en cuanto a las *conductas socialmente adecuables* nada dice ZAFFARONI expresamente, pero puede deducirse de sus palabras que los casos que WELZEL cobijaba allí pasarían a ser resueltos por la imputación objetiva, a excepción de lo referente a las denominadas *acciones insignificantes* porque, como se vio, todas esas hipótesis ocuparían en este esquema el lugar sistemático de las causales genéricas de *ausencia de lesividad* como parte de la función conglobante del tipo penal.

Ya a nivel general son rastreables las siguientes posiciones: en cuanto a la *adecuación social* autores tales como JESCHECK/WEIGEND<sup>377</sup>, OTTO<sup>378</sup>, MIR PUIG<sup>379</sup>, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN<sup>380</sup>, REYES ALVARADO<sup>381</sup> y

---

377 JESCHECK, Hans- Heinrich y WEIGEND, Thomas. Tratado de derecho penal. Parte General. Granada: Editorial Comares, 2014. p.268 y ss.

378 OTTO, Harro. Manual de Derecho Penal. Teoría general del Derecho Penal. Barcelona: Atelier, 2017. p. 127

379 MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, Parte General. Op., cit. p. 159 y 528.

380 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal, Parte General. México: Editorial Tirant Lo Blanch, 2012. p. 255.

381 REYES ALVARADO, Yesid. La imputación objetiva. Bogotá: Editorial Temis, 1996. p. 89 y 90., quien manifiesta que aun cuando las críticas contra la adecuación social han conllevado a la doctrina a rechazar su utilización, ello no significa que la propuesta de tal principio carezca de validez y será beneficioso su empleo más allá de los criterios generales de interpretación de los tipos penales. No queda claro, sin embargo, si la *adecuación social* la considera un “principio interpretativo” – que es lo que pareciera finalmente sugerir – o si por el contrario es una categoría dogmática integrante de la imputación objetiva encargada de determinar, junto con otros criterios, la creación de riesgos jurídicamente desaprobados (como nosotros, más o menos, también lo consideramos).

MAURACH/ZIPF<sup>382</sup> consideran que no es un elemento del delito sino un *principio restrictivo de la interpretación de los tipos penales* a partir de los cuales es posible excluir la tipicidad objetiva de ciertas conductas, aunque formalmente encajen en ellos<sup>383</sup>. Así mismo, es común observar que a las acciones *insignificantes* la doctrina contemporánea (LUZÓN PEÑA<sup>384</sup>, MIR PUIG<sup>385</sup>, DONNA<sup>386</sup>, etc.) las consideren causales generales de atipicidad en virtud de la aplicación de otro principio interpretativo de los tipos penales denominado *principio de insignificancia*, mientras que la dogmática tradicional (BARRUEZO<sup>387</sup>, CREUS<sup>388</sup>, HURTADO POZO<sup>389</sup>, BALCARCE<sup>390</sup>, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN<sup>391</sup>, BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE<sup>392</sup>) las trate como conductas típicas pero carentes de antijuridicidad material por ser consecuencia directa e inevitable de los principios de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos<sup>393</sup>.

- 
- 382 MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994. p. 280.
- 383 Contrario a esta perspectiva y considerando que la adecuación social excluye la antijuridicidad se tiene: BALCARCE, Fabián. Lección 11. La antijuridicidad. En: LASCANO, Carlos Julio. Derecho Penal Parte General. Libro de estudio. Córdoba: Advocatus, 2005. p. 403. Así mismo, considerando la adecuación social como un concepto poco apto para determinar el contenido de la tipicidad y que por ende no debe tenerse en cuenta por el Derecho Penal: BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Derecho Penal, Tomo I, Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del Delito y el sujeto responsable. 2ª ed. Bogotá: editorial Leyer, 2008. p.65. gualmente, crítico de la adecuación social por considerar que una interpretación de los tipos penales logra el mismo resultado y en consecuencia la convierte en una figura jurídica innecesaria: HIRSCH, Hans-Joachim. Adecuación social y teoría del injusto. En: HIRSCH, Hans-Joachim. Derecho penal. Obras completas. Tomo III. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2007.
- 384 LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Causas de atipicidad y causas de justificación. En: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel & MIR PUIG, Santiago (Coordinadores): Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal. Navarra: Editorial Aranzadi, 1995. p. 28.
- 385 MIR PUIG. Op., Cit. p. 159 y 530.
- 386 Siguiendo de cerca al profesor ROXIN denomina al *principio de lesividad* como “antijuridicidad material” y por ende, aunque utiliza este nombre, no la equipara con la categoría dogmática de la antijuridicidad, sino que emplea tal denominación para referirse lo que considera es un **principio de interpretación de los tipos penales** a partir del cual es posible concluir la atipicidad de los casos socialmente adecuado y los insignificantes. DONNA, Edgardo Alberto. Derecho Penal, Parte General. Tomo III. Teoría general del delito – II. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2014. p. 19.
- 387 BARRUEZO, Rafael. Delitos de dominio y de infracción de deber. Buenos Aires: Editorial B de F, 2016. p. 279. Este autor afirma que los casos socialmente adecuados, inclusive, también eliminan la “antijuridicidad” y no la tipicidad.
- 388 CREUS, Carlos. Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992. p. 201.
- 389 HURTADO POZO, José. Nociones básicas de Derecho Penal. Guatemala: 2000. p. 213.
- 390 BALCARCE, Fabián. Lección 11. La antijuridicidad. Op.,cit. p. 404
- 391 MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op., cit. p. 301.
- 392 BUSTOS RAMÍREZ, Juan & HORMAZÁBAL MARALÉE, Hernán. Lecciones de derecho penal parte general. Madrid: Editorial Trotta, 2006. p. 172.
- 393 El profesor GARRIDO MONTT sintetiza muy bien esta posición generalizada así: “La adecuación social y la falta de lesividad mayoritariamente se consideran como **excluyentes del tipo penal**, porque **constituyen principios teleológicos de interpretación de las normas penales** (así Bacigalupo, Jescheck, entre otros) y no son causales de justificación.” Op., cit. p. 88.

En relación con el *ilícito insignificante* Helmut FRISTER<sup>394</sup> consideran que el Derecho material no contiene una solución jurídica para el mismo y que, por ende, en principio, existe la obligación de juzgar y condenar a las personas que lleven a cabo este tipo de comportamientos. En consecuencia, desde su perspectiva la única opción posible en Alemania, hasta el momento, y a diferencia de Austria que contiene una disposición legal expresa que excluye la responsabilidad por estos hechos en el artículo 42 de su Código Penal, es optar por el sobreseimiento de la acción penal; es decir, el descarte procesal del ilícito insignificante.

En España, el profesor Jesús María SILVA SÁNCHEZ partiendo de la *teoría de las normas* lleva a cabo el siguiente análisis: el Derecho Penal se encuentra compuesto por *normas primarias* o normas de conducta a partir de las cuales se “manifiesta la decisión de prohibir un comportamiento, esto es, su calificación como algo que pretende ser evitado desde la perspectiva del Derecho penal, de modo que se estima que tiene sentido (es necesario, posible y lícito) dirigir una conminación penal y limitar consiguientemente el ámbito de actuación de los ciudadanos mediante la amenaza de pena, a fin de disuadirles de la realización de tal conducta.”<sup>395</sup> Por otro lado, encontraríamos las normas secundarias con las cuales ya no se pretende “limitar la esfera individual de libertad de acción a través de la amenaza de pena, sino incluso incidir directamente, en términos limitadores, sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos mediante castigo.”<sup>396</sup> A partir de esta distinción entre las normas deriva las que considera son las dos categorías fundamentales del delito: (1) la *antijuridicidad penal* extraída de la norma primaria penal compuesta secuencialmente por una acción, un injusto penalmente típico y la ausencia de causales de justificación; y (2) la *sancionabilidad penal* derivada a su vez de la norma secundaria del ordenamiento punitivo e integrada por dos elementos y requisitos necesarios para la imposición de la pena y consistentes en la culpabilidad o atribuibilidad individual y la *lesividad* (entendida como resultado de lesión o puesta en peligro efectivo del bien jurídicamente tutelado).

---

394 FRISTER, Helmut. Derecho Penal, Parte General. 1ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 416.

395 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012. p. 612.

396 Ibid., p. 612.

En Argentina, de manera distinta a ZAFFARONI, tendríamos la tesis de Maximiliano RUSCONI<sup>397</sup> para quien tanto la *adecuación social* y las *acciones insignificantes* constituyen *principios correctivos de la imputación objetiva* por cuanto constituyen los últimos filtros NO normativos a partir de los cuales se afirma o niega la atribución jurídica del comportamiento, siempre y cuando dichos casos no hayan podido ser solucionados en la que denomina la “imputación objetiva *strictu sensu*”. Sin embargo, y de manera curiosa líneas más adelante propone la posibilidad de que exista un mecanismo procesal (vgr. El principio de oportunidad) para darle fin rápidamente a dichas situaciones, olvidando el tratadista – como explicaremos más adelante – que tal institución jurídico-procesal se encuentra edificada únicamente para aquellas conductas que sí constituyan delito y, en consecuencia, si se parte del hecho que con las mismas podría no existir imputación objetiva, entonces, ¿cómo aplicar el principio de oportunidad a un comportamiento que jamás fue delictivo?

Por último, en Colombia, el profesor Juan FERNÁNDEZ CARRASQUILLA propone un esquema del delito diferente utilizando para ello una construcción doctrinal propia a la que denomina el *injusto típico* (tipo de injusto o tipo de prohibición) compuesto por los siguientes elementos que funden, al parecer, en una sola macro categoría “acción, tipicidad y antijuridicidad”:

- I. Un *tipo objetivo* en el cual se encuentran los elementos materiales del hecho tales como:
  - La conducta externa,
  - El resultado,
  - Los elementos descriptivos y normativos de la acción,
  - Las calidades personales del autor o de sus relaciones con la víctima
  - El nexo causal,
  - La imputación objetiva
  - La ausencia de circunstancias objetivas de justificación.

---

397 RUSCONI, Maximiliano. Op., cit. p. 445 y ss.

II. Un *tipo subjetivo* en donde se describen los requisitos o aspectos internos y psíquicos del delito integrado por:

- Los elementos subjetivos generales (dolo, culpa o preterintención)
- Los elementos subjetivos especiales (que cada legislador define para algunos delitos como tendencias particulares o motivaciones del autor)

III. La *ausencia de tipo permisivo* compuesto dicho elemento por:

- La lesión (por daño o peligro efectivo) del bien jurídicamente tutelado
- Y la ausencia de una causa legal de justificación

Los estratos (1) y (2) los considera los aspectos propios de una tipicidad meramente formal, mientras que el nivel (3) correspondería a la tipicidad en sentido material. De esta manera concluye que

no habrá antijuridicidad y tampoco tipicidad, sólo están prohibidas por el tipo las conductas lesivas injustificadas, en los casos de conductas inocuas o inofensivas, en los de provocación de daño insignificante y en los de realización de conductas socialmente adecuadas y de riesgos permitidos, así como en los de disminución del riesgo prohibido; así sucede igualmente en los llamados delitos imposibles y putativos y en la tentativa irreal o supersticiosa,<sup>398</sup>

razón por la cual según el tratadista colombiano el argumento central por el cual no existiría *tipicidad* para aquellas conductas carentes de lesividad sería el no cumplimiento del requisito llamado por él “*ausencia de tipo permisivo*”, sin que ellos lleguen a afectar o sea un tema de la imputación objetiva del resultado.

---

398 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal, Parte General. Teoría del delito y de la pena. Vol. 1. El delito. Visión positiva y negativa. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2012. p. 318.

Igualmente, en nuestras latitudes, el profesor Jesús Orlando GÓMEZ LÓPEZ<sup>399</sup> considera que las lesiones de bagatela y los actos socialmente adecuados son atípicos a nivel objetivo, pero no porque hagan parte del tipo permisivo o nieguen la imputación objetiva del comportamiento sino, esencialmente, porque considera que la *afectación al bien jurídico* hace parte del *resultado típico* como tercer elemento del tipo penal objetivo.

En torno a lo expuesto, aunque la presente postura estaría cercana a la de ROXIN, no se comparten ninguna de las perspectivas reseñadas hasta ahora pues no se compadecen de las consecuencias inevitables a las que debe llegarse si se asume como válida una *teoría de la imputación objetiva*. Por ende, se pasa a argumentar en el siguiente acápite 2.2 las razones que sustentarían la tesis más coherentemente con la nueva sistemática del Derecho Penal, surgida a partir de la inclusión de la *imputación objetiva* al interior del tipo penal como un requisito indispensable y común a cualquier juicio de responsabilidad que se realice sin importar del delito que se trate; siendo dicha tesis la agrupación de todos los casos denominados inocuos, insignificantes y socialmente adecuados en una sola categoría dogmática *negativa* o *excluyente* de la imputación objetiva y que denomino “*conductas carentes de lesividad*” como contracara de su *faz positiva* y criterio necesario para la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado* a la que se conoce como “*lesividad del comportamiento*” (para visualizar esquemáticamente esta propuesta ver: capítulo I, acápite 2.2.2)

Valga aclarar que en Colombia el profesor Fernando VELÁSQUEZ<sup>400</sup> también considera, al igual que aquí se hace, a los casos inocuos, insignificantes y socialmente adecuados como *atípicos* por *ausencia de imputación objetiva*, pero a diferencia de la presente investigación, él utiliza los principios de insignificancia y adecuación social como *pautas adicionales* de la imputación objetiva *diferentes* de la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado* que constituiría el primer nivel de aquélla en donde justamente debe producirse la solución de dichos casos.

---

399 GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. Tratado de Derecho Penal. La tipicidad. Tomo III. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2005. p. 251, 663 y ss.

400 Ver, por ejemplo, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal, Parte General. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2013. p. 379 y ss.

2.2.1.2 Postura de la Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de Casación Penal. Comencemos con la diagramación de las distintas perspectivas jurisprudenciales que se han esgrimido hasta el momento:

**Tabla 6.** Graficación de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal acerca de la ubicación de la lesividad de la conducta en el esquema del delito.

<b>¿La falta de “lesividad” es un elemento negativo de la <i>tipicidad objetiva</i> o de la <i>antijuridicidad</i>?</b>		
Es un elemento negativo de la <i>tipicidad objetiva</i> por falta de <i>imputación objetiva</i> del comportamiento (imputación jurídica del resultado, art. 9, C.P.)	Es un elemento negativo de la <i>tipicidad objetiva</i> por falta de <i>lesión o puesta en peligro efectivo del “bien jurídicamente tutelado”</i> como elemento constitutivo de la misma	Es un elemento negativo de la <i>antijuridicidad</i> en sentido <i>material</i> .
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 31362 (13-05-09)</li> <li>• 32872 (24-02-10)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 21064(15-09-04)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 19930(21-04-04)</li> <li>• 18609(08-08-05)</li> <li>• 24612(26-04-06)</li> <li>• 25745(23-08-06)</li> <li>• 16066(09-11-06)</li> <li>• 23609(01-02-07)</li> <li>• 28195(08-10-08)</li> <li>• 29183(18-11-08)</li> <li>• 31531(08-07-09)</li> <li>• 32004(21-10-09)<sup>401</sup></li> <li>• 35978 (17-08-11)</li> <li>• 38103(30-04-13)</li> <li>• AP801-2014(43184)</li> <li>• SP15519-2015</li> </ul>
<b>POSTURA ECLÉCTICA</b>		
<b>(Puede ser que elimine <i>tipicidad</i> y otras veces <i>antijuridicidad</i>)</b>		
<ul style="list-style-type: none"> <li>• SP15490-2017(47862)</li> </ul>		

Fuente: propia.

401 Es curioso que en esta sentencia se cite la 21064(15-09-04) mediante la cual se asume el criterio de atipicidad por falta de lesión al bien jurídico, pero se concluya, sin hacer referencia a ello, que la carencia de lesividad es un problema de falta de antijuridicidad material.

Conforme lo expuesto la *doctrina probable*<sup>402</sup> (precedente de obligación relativa<sup>403</sup>) de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es sin lugar a dudas considerar la “ausencia de lesividad” de la conducta como un criterio negativo de “antijuridicidad material” y no de tipicidad objetiva. Y esto se afirma teniendo en cuenta que desde la muestra tomada a partir del año 2004 hasta el año 2014 se ha pronunciado en ese sentido durante al menos trece (13) veces.

Tradicionalmente en el seno de la doctrina y la jurisprudencia el principio de lesividad se ha considerado un criterio asociado a la antijuridicidad material y no a la tipicidad. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia en dos decisiones diferentes [31362 (13-05-09) y 32872 (24-02-10)] ha cambiado dicha perspectiva incluyéndola como un criterio más de ausencia de imputación objetiva del resultado. Sobre el mismo ha expresado que,

ha de operar no en la fase estática de la previsión legislativa, sino en la dinámica de la valoración judicial de la conducta, habida cuenta

---

402 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 153 de 1887 (15 de agosto). Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887, Diario Oficial. 7151 y 7152. Bogotá, 1887. Art. 10. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 169 de 1889 (31 de diciembre). Sobre reformas judiciales. Diario Oficial. 10235. Bogotá, 1889. Art. 4., el nuevo texto es el siguiente: “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.”

403 La primera distinción de la que se debe partir es aquella según la cual en Colombia operan tres tipos de precedentes; uno de obligación absoluta (generados únicamente por la Corte Constitucional colombiana en sentencias de control de constitucionalidad), otro de obligación semi-absoluta (tan solo hallado en el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la *ratio decidendi* en sus sentencias de tutela) y finalmente los de obligación relativa (cuya génesis se puede encontrar tanto en la Corte Suprema de Justicia como en la misma Corte Constitucional, a partir de la *doctrina probable* y el *caso análogo* respectivamente). El nombre de precedente de “obligación semi-absoluta” se toma para asignarle un nombre a un estadio intermedio de vinculatoriedad del precedente ubicado entre el de “obligación absoluta” y de el “obligación relativa”. El nombre con el que comúnmente se encuentra a este tipo de jurisprudencia constitucional es el de “precedente de proyección doctrinal vinculante” según nos lo enseña la sentencia C-539 de 2011 proferida por la Corte Constitucional. Sin embargo, se opta por asignarle el de “obligación semi-absoluta” porque tal denotación brinda mayor claridad en torno al “grado” de vinculatoriedad que tiene frente a la toma de una decisión determinada. Éste concepto de “precedente” es en gran medida diverso de la denominada jurisprudencia como criterio auxiliar, ya que con base en el primero se presenta una vinculación absoluta, media o relativa para el funcionario jurisdiccional que fallará un determinado caso, mientras que con el segundo no se producirá ningún tipo de obligación o ligamen para el juez o tribunal encargado de resolver el problema jurídico en cuestión, siendo más bien una luz cuya función será la de darle una mayor visibilidad al sendero de la decisión última que va a ser próximamente tomada.

que el cambiante mundo de las interferencias comunicativas de las que se ha hablado hace que vivencialmente, en un momento socio histórico determinado, ciertos actos tengan una específica significación social que los hacen dañinos por la potencialidad que tienen de afectar un ámbito de interrelación, como la convivencia pacífica en este caso, o que el mismo comportamiento no tenga la virtualidad de impresionar las condiciones que la permiten en un ámbito temporoespacial diferente.<sup>404</sup>

En tal sentido miremos su configuración concreta en el ámbito de la imputación objetiva<sup>405</sup>:

- *Regla 1:* La ausencia de significativa lesión o puesta en peligro del bien jurídico es un asunto que en un principio sería atinente a la tipicidad.
- *Regla 2:* El empleo del principio de lesividad como un criterio de imputación objetiva no es privativo del ámbito de la tipicidad y por ende puede ser utilizado sin perjuicio de que también pueda contemplarse como un problema atinente a la antijuridicidad de la acción, o como causal de ausencia de responsabilidad en el injusto, o incluso como un principio general de interpretación que impide la configuración de la conducta punible sin tener que profundizar en las categorías dogmáticas del delito
- *Regla 3:* El principio de lesividad como criterio negativo de imputación objetiva es también aplicable a los llamados delitos de mera actividad.

---

404 COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia 21064, 15 de septiembre del 2004. M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez. En: Revista Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá: No. 396, (diciembre de 2004); p. 1927.

405 Esta temática fue trabajada ampliamente por el autor de la presente investigación en los siguientes textos cuyas consideraciones, parcialmente, se transcriben: Silva Reyes, Andres, Barajas Conde, Diego Javier y Peláez Mejía, José María. Significado, Alcance Y Criterios De Imputacion Objetiva: Una Vision Desde La Filosofia Del Derecho Y El Estado Social De Derecho. Recuperable en: <http://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/9516>; y en BARAJAS CONDE, Diego; PELÁEZ MEJÍA, José M. y SILVA REYES, Andrés. Significado, Alcance y Criterios de Imputación Objetiva. Estado de la cuestión doctrinal y jurisprudencial. Cúcuta: Editorial del Centro Seccional de Investigaciones de la Universida.

- *Regla 4:* Todos los tipos penales, indistintamente su clasificación y de acuerdo con el artículo 11 del Código Penal, requieren de un desvalor de resultado.
- *Regla 5:* El hecho de que todos los tipos penales requieran para su configuración de un desvalor del resultado, se entenderá sin perjuicio de que cuando el legislador presuma el riesgo sea válida una apreciación probatoria en sentido contrario, y, en todo caso, dicho resultado, conforme a lo establecido en el artículo 9 del referido ordenamiento, podrá serle imputado objetivamente al autor de la conducta, o incluso constituirse en fundamento para la exclusión del tipo, con base en parámetros normativos como el principio de insignificancia.
- *Regla 6:* Aun cuando la ausencia de lesividad como criterio negativo de imputación es un generador de atipicidad lo procedente no sería solicitar ante el funcionario de conocimiento la preclusión con base en el numeral 4 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, que se refiere a la atipicidad del hecho investigado, toda vez que el juez natural para conocer de la extinción de la acción penal por comportamientos insignificantes es, de acuerdo con el acto legislativo 03 de 2002 y las causales que para tal efecto consagró el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, el juez de control de garantías y medidas de seguridad.

Es importante precisar que la última regla (la 6) coincidiría con la perspectiva de Maximiliano RUSCONI al considerar que la vía procesal para solucionar los casos de *acciones insignificantes* es el principio de oportunidad. Sin embargo, como acertadamente lo dejó en claro uno de los salvamentos de voto de la decisión en comento, el hecho de que,

algunas causales consagradas en el artículo 324 *ibidem*, aludan al poco impacto dañoso del delito, ello no significa, ni se puede confundir, que el principio de oportunidad también opera para los casos en los cuales no se vulnera el principio de lesividad o, en términos generales, conforme la tesis adoptada por el proyecto mayoritario, la conducta es atípica.

No. Se hace necesario que se parta de esos elementos mínimos de tipicidad, pero, a renglón seguido, ellos se balanceen respecto del costo de la intervención penal, la magnitud del daño causado o los efectos padecidos por el mismo procesado, en los delitos culposos, para ofrecer a la fiscalía la oportunidad de terminarlos anticipadamente sin sanción.

Por esta razón, el asunto no puede reducirse, como se hace en el fallo del cual me aparto, a un fenómeno de incompetencia o pérdida de la oportunidad procesal, sino al hecho concreto de que ese principio de oportunidad riñe, por decirlo de alguna manera, con las causales de preclusión o absolución y, en consecuencia, si se afirma que lo investigado es atípico, de ninguna manera puede advertirse la posibilidad de que se haga uso de aquel mecanismo.

Y, por el contrario, si se sostiene que en el caso concreto era medio adecuado de solución el principio de oportunidad, de entrada, es necesario reconocer que la conducta se reputa típica, antijurídica y culpable.<sup>406</sup>

En consecuencia la vía correcta y coherente, en Colombia, de asumirse esta postura jurisprudencial que considera los casos de insignificancia como atípicos, sería la *preclusión de la investigación* por la causal 4 del artículo 332 del CPP<sup>407</sup>. Sin embargo, las reglas enunciadas hasta este momento constituyen apenas un “criterio auxiliar” habida cuenta que tan sólo tenemos la reiteración de las mismas en dos sentencias, sin que aún se haya logrado consolidar como doctrina probable: 31362 (13-05-09) y 32872 (24-02-10). Por el contrario, para el año 2013 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia cambia nuevamente de postura mediante la sentencia 38103(30-04-13), con ponencia del doctor Luis Guillermo Salazar Otero, trayendo a colación para sustentar su tesis una gran diversidad de extractos antitécnicos, muchos de

---

406 COLOMBIA. CSJ. SCP, Sentencia 31362, 13 de mayo del 2009. Salvamento de voto del Doctor Sigifredo Espinosa Pérez. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

407 COLOMBIA. ARTÍCULO 332 del Código Procesal Penal; Causales. El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos: 4. Atipicidad del hecho investigado.”

ellos incompatibles entre sí, y en los cuales es posible verificar que se está hablando de una misma palabra, pero con significados totalmente distintos. Se analiza brevemente esa situación:

- I. La tesis literal que esgrime la Corte Suprema de Justicia en dicha sentencia es la siguiente: de la antijuridicidad material se deriva la lesividad.
- II. Para apoyar su opinión se basa en: a) La sentencia del 8 de agosto de 2005, Rad. 18609, citada en la del 26 de abril de 2006, Rad. 24612 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal; b) La sentencia del 13 de mayo de 2009, Radicado 31.362, de la CSJ, SCP; y c) La Sentencia del 8 de julio de 2009, Radicado 31.531, CSJ, SCP.
- III. En la sentencia 18609 la tesis central es totalmente contraria la postura asumida por la actual Corte Suprema de Justicia, ya que allí por ningún lado se afirma que la lesividad se derive de la antijuridicidad material, sino que por el contrario aseveran una equiparación entre tales conceptos.
- IV. En relación con la sentencia 31362 ha de decirse que en dicha providencia se defiende la tesis según la cual la “falta de lesividad” es diferenciable de la antijuridicidad material y se constituye en un criterio de “atipicidad objetiva” por cual resultan incomprensibles e inimaginables la razones que llevaron a la Alta Corporación de Justicia a emplearla como sustento de su novedosa tesis.
- V. Finalmente, la cita realizada de la sentencia 31531 de la Corte Suprema nada aporta a la discusión, pues allí únicamente se hace un paralelo del derecho comparado que asimila la “lesividad” con el *harm principle* anglosajón.

Esta postura en la cual se consideran que los casos ausentes de lesividad son típicos, pero no antijurídicos ha sido reiterada en las siguientes providencias: AP801-2014(43184), SP15519-2015 y SP9379-2017.

Empero, en el año 2017 la Sala de Casación Penal buscó enlazar sutilmente ambas posturas (tanto la de atipicidad como la de antijuridicidad material) afirmando lo siguiente:

La Corte igualmente, en esa línea de pensamiento, ha señalado tratándose del juicio de tipicidad que no basta con verificar la subsunción de la conducta en el modelo descriptivo de la figura legal, sino que además ha de comprobarse si ese comportamiento perturba o no el bien jurídico protegido, de modo que esa labor intelectual conlleva una doble valoración: «(1) el juicio de correspondencia comparativa entre la conducta y el tipo, y, (2) el juicio de verificación sobre la idoneidad de esa conducta para afectar (que no lesión) el bien jurídico tutelado por la norma. De esto se tiene que la tipicidad puede ser afectada por el principio de insignificancia y la adecuación social de la conducta» (CSJ SP, 21 Oct. 2009, rad. 29655). Por consiguiente, «la adecuación típica de una conducta dependerá de su idoneidad para producir el resultado normativo consistente en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. En ese orden, el bien jurídico es un criterio delimitador de la tipicidad, pues excluye del ámbito típico aquellos comportamientos que no tengan aptitud para vulnerarlo». <sup>408</sup>

Lo anterior, sin perjuicio de que la lesividad también pueda estudiarse en sede de antijuridicidad material, ya que si bien en algunas oportunidades la jurisprudencia ha conjugado tales conceptos, ello no es óbice para efectuar su análisis como principio político criminal y categoría dogmática independiente (cfr. en lo pertinente, CSJ SP 14190-2016).<sup>409</sup>

Evidentemente el intento ecléctico de la Corte Suprema de Justicia no puede compartirse y se considera que el yerro conceptual proviene de no diferenciar con precisión el *principio de lesividad* de la categoría dogmática de *lesividad*

---

408 COLOMBIA. CSJ, sentencia SP 9235-2014.

409 COLOMBIA. CSJ-SCP, sentencia SP15490-2017 (rad. 47862), 27 de septiembre del 2017. M.P.: José Luis Barceló Camacho.

(antigua antijuridicidad material), así como los aspectos negativos de ésta última y consistentes en los casos de adecuación social, insignificancia e inocuidad del comportamiento. Y no es que se deba negar el valor interpretativo que tiene la “lesividad” en los tipos penales como límite indiscutible del *ius puniendi*, sino que dicha potencialidad hermenéutica restrictiva pertenece a ella es cuando lo usamos<sup>410</sup> con la calidad de un “principio” y no como categoría dogmática cuyos contenidos y funciones son distintos de los que tendría aquél en la otra modalidad reseñada, según lo veremos en el acápite 2.2 del presente capítulo.

En ese sentido, quizás lo que debiera hacerse para evitar tantos desfases y divergencias a nivel de doctrina y jurisprudencia sería limpiar el lenguaje y evitar así el uso de las mismas palabras con distintos significados<sup>411</sup> (porque al parecer esto nos ha confundido a todos), principalmente cuando el término “lesividad” al tiempo son dos cosas totalmente diferentes, aunque relacionadas, pues tal unidad lingüística es un principio y a la vez una categoría dogmática que se deriva de aquélla, al igual que ocurre con el significante “culpabilidad” cuya expresión hace referencia, según el contexto, a veces a un principio y en otras ocasiones al último requisito configurativo del delito. Pero por el momento, baste con comprenderse que el aparente juego de palabras no ha sido más que el uso normal del recurso de la polisemia y evidenciamos sin mayores dificultades que una cosa es la finalidad y el uso que tienen los “principios” en el Derecho Penal y otra muy distinta el que poseen las “categorías dogmáticas”, ya sea que se trate de elementos macro configurativos (vgr. Tradicionalmente tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) o micro configurativos del delito (vgr. Imputación objetiva, dolo, consciencia de la ilicitud, etc.)

---

410 Ludwig WITTGENSTEIN en su segundo período filosófico dejó muy en claro que las palabras son herramientas que adquieren el significado una vez que se usan y que por ello admiten distintos usos o significados. Así pues, lo que debe hacerse es prestar mucha atención para descubrir el “uso” que se le da a la herramienta lingüística si desea eliminarse cualquier ambigüedad. No olvidar, entonces, que el único *sinsentido* es no seguir las reglas del juego. Investigaciones filosóficas. Madrid: Editorial Trotta, 2017. p. 56-60.

411 Aunque en realidad la estrategia de limpiar el lenguaje no ha servido de mucho puesto que, por ejemplo, algunos autores reemplazan el término *lesividad* cuando es un principio por el de *ofensividad*, pero llegan otros doctrinantes y terminan diciendo que en realidad *ofensividad* y *lesividad* son dos cosas diferentes y al final en vez de utilizar palabras distintas para referirnos a “principios” y “categorías” dogmáticas, lo que hacen es una innecesaria multiplicación de los entes. Podríamos ensayar con las expresiones dañosidad, adecuación social, insignificancia, inocuidad, pero daría lo mismo. En consecuencia, que lo importante es tener claro qué significado adquiere la lesividad cuando se utiliza como principio y qué significado posee como categoría dogmática.

### 2.2.2 Fundamentación dogmática de las cuatro tesis defendidas

De forma inicial *se enunciarán* las tesis principales que se defienden en la primera parte de esta investigación:

#### **Tesis 1 →**

*El principio de lesividad constituye un argumento para justificar que la imputación objetiva debe ser un elemento configurativo necesario y común para todo delito.*

#### **Tesis 2 →**

*Del principio de lesividad es posible derivar la “creación de riesgos” como primer requisito de imputación objetiva del comportamiento.*

#### **Tesis 3 →**

*Del principio de lesividad es posible deducir que la “imputación objetiva” es un requisito del juicio de tipicidad objetiva.*

#### **Tesis 4 →**

*“Lesividad” y “ausencia de lesividad” son elementos o categorías dogmáticas “positiva” y “negativa” de la imputación objetiva, respectivamente, como contenidos definitorios de la “creación de un riesgo jurídicamente desaprobado”.*

Se pasa ahora a exponer los argumentos que sustentan cada una de las tesis enunciadas:

Al igual que el *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos* la *imputación objetiva* podría derivarse y encontrar su fundamento en el *principio de lesividad* puesto que a partir de éste se restringe el tenor literal de los tipos penales que, en una primera lectura, encontrarían un sentido mucho más amplio del que debieran tener, reduciendo teleológicamente su espectro únicamente a conductas y resultados que impliquen la creación de riesgos jurídicamente desaprobados y en consecuencia a lesiones o puestas en peligro efectivas de

bienes tutelados por el legislador penal. “Desde el punto de vista de la política criminal, esa selección corresponde al legislador, pero el último control para su cumplimiento lo representan precisamente los principios que el mismo o las normas superiores brinda a los jueces penales.”<sup>412</sup> En consecuencia, el *principio de lesividad* como todo principio, siguiendo en este sentido al profesor Robert ALEXY, es formalmente un “mandato de optimización”<sup>413</sup>; es decir, una orden del constituyente primario o legislador constitucional para realizar algo en la mejor y mayor medida de lo posible. ¿Pero cuál es el contenido de ese mandato? Limitar el *ius puniendi* y en general la facultad represora del Estado operativizándose de la siguiente manera<sup>414</sup>:

En el *momento legislativo* el constituyente derivado toma en consideración a la hora de edificar las categorías dogmáticas del delito y tipificar las conductas, al menos, las dos reglas que a continuación se enuncian: (1) que dentro de los requisitos que positivizará como necesarios para la configuración de una conducta punible será indispensable la inclusión de un elemento llamado *lesividad, ofensividad, antijuridicidad material, dañosidad* o de cualquier otra manera, en el cual se condense la obligación de exigir que el hecho desvalorado constituya una lesión o al menos una puesta en peligro efectiva para un bien jurídicamente tutelado; lo que en otras palabras, podría resumirse diciendo que el legislador se encontrará obligado a *crear* por mandato del principio constitucional de lesividad una categoría dogmática o requisito de responsabilidad penal que desarrolle el axioma *nulla lex poenalis sine iniuria* y (2) que todo proceso de tipificación o descripción de conductas como punibles deberá tan solo incluir aquellas que constituyan verdaderos daños o por lo menos riesgos efectivos para la integridad de los bienes jurídicos que haya decidido tutelar el legislador penal en un período de tiempo determinado.

En el *momento jurisdiccional* el funcionario judicial tendrá a su vez dos obligaciones: (1) evaluar si en el caso concreto el hecho enjuiciado *encaja* en el

---

412 FERNÁNDEZ. Op., cit. p.255.

413 ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 95.

414 Aunque el principio de lesividad como garantía constitucional también limita la facultad creadora de sistemas de responsabilidad disciplinario, fiscal y similares, en esta investigación sólo se mostrará el impacto que ejerce a nivel del Derecho Penal.

requisito de *lesividad* como categoría dogmática necesaria para la configuración del juicio de responsabilidad; y (2) verificar si los tipos penales edificados por el legislador pasan el tamiz de la *lesividad* como principio; es decir, si representan en sí mismos como figuras legales una lesión o puesta en peligro efectiva para el bien jurídicamente tutelado porque de lo contrario, la disposición normativa padecería de un defecto de constitucionalidad que obligaría al Juez a su inaplicación por mandato expreso del artículo 4 de la Constitución Política.

Entonces la *lesividad* bajo la modalidad de principio **exige** la ocurrencia de un “**daño**” para la tipificación de una conducta como delito y para la emisión de un juicio positivo de responsabilidad penal. Ese requisito de “daño”<sup>415</sup> se satisface con la “lesión” de bienes jurídicos o con, al menos, la “puesta en peligro efectiva” de los mismos. Así pues, sólo serán punibles los comportamientos que de alguna manera “dañen” los mencionados bienes al igual que únicamente responsables las personas que produzcan o ejecuten tales hechos. Pero, ¿qué conductas, entonces, de todas las que suceden en el mundo, podrían encajar en la exigencia de “daño”? Solamente las conductas riesgosas, porque el “riesgo”<sup>416</sup> es la contingencia o proximidad un daño. Si un comportamiento o un evento cualquiera no es riesgoso carece entonces de la potencialidad necesaria para dañar y bajo las directrices del principio en comento no podría ser penalizado. En ese orden de ideas, a partir de la lesividad, es posible derivar lógicamente el concepto de *creación de riesgo* que incluye el primero de los elementos de la imputación objetiva. Sin embargo, aún falta conocer cuál es la “magnitud” que deberá tener el “riesgo” para satisfacer el axioma de “daño” subyacente al

---

415 El daño es sin lugar a dudas el desmejoramiento de una realidad o situación cualquiera que un hecho ocasiona a una persona. Ahora bien, trayendo a colación el concepto de daño construido por el profesor Juan Carlos HENAO (que, si bien se hizo para el sistema de responsabilidad civil, nada impide su utilización como marco referencia o guía para el derecho penal) se tendría que: “*daño es toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátese de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil -imputación y fundamento del deber de reparar- se encuentran reunidos.*” Curiosamente, líneas más adelante enlaza dicho concepto de daño un el *accionar desaprobado* que, sin lugar a dudas, nos recuerda mucho el esquema de imputación penal que aquí se está explicando pues dice que su definición parte de considerar “*que el daño supone la lesión de un interés lícito o al menos no contrario a derecho*”. HENAO, Juan Carlos. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. En: Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia. [En línea]. n.º 2015, no.28, p. 277-366. DOI: 10.18601/01234366.n28.10.

416 Diccionario de la Real Academia Española. 23ª ed. Madrid: Editorial Espasa, 2014.

contenido del principio de lesividad, razón por la cual se hace necesario, para tales efectos, pasar a utilizar los corolarios que se derivan del mismo y cuya estructura, en esencia, sería la siguiente:

- I. Se prohíbe criminalizar y sancionar penalmente toda conducta inocua o inofensiva; es decir, incapaz de producir o tan siquiera poner en peligro efectivo el bien jurídicamente tutelado. Se llama a este corolario: *subprincipio de peligrosidad o peligro*.

En este punto es importante recordar las diferencias entre “riesgo” y “peligro”<sup>417</sup>. Así pues, una conducta peligrosa sería todo comportamiento “capaz” o “apto” para producir un daño, mientras que una conducta “riesgosa” se referiría al nivel de proximidad (casi estadístico) que tendría la conducta peligrosa de materializarse en un daño. Por ende, si una conducta no es peligrosa en sí misma (como cualidad intrínseca o posibilidad fáctica) mucho menos será riesgosa. Y ello por cuanto el “peligro” responde a la pregunta, ¿podría hacer daño este comportamiento?, mientras que el “riesgo” da respuesta al interrogante, ¿qué tan cerca o *probable* es que efectivamente ese comportamiento dañe?

En consecuencia, un ejemplo de conducta “no peligrosa” que estaría prohibido criminalizar y sancionar con base en este primer corolario derivado del principio de lesividad sería intentar causar la muerte de una persona adulta y sana lanzándole pequeñas motas de algodón en la cara.

---

417 Para efectos de establecer la diferencia entre “riesgo” y “peligro” muy ilustrativo resulta la concepción que se hace desde el derecho administrativo y ambiental. En consecuencia, y acudiendo al Diccionario panhispánico del español jurídico, Volumen II. Madrid: Editorial Santillana y Real Academia Española de la Lengua, 2017., tendríamos que la expresión **peligro** significa: “capacidad intrínseca de una sustancia o potencialidad de una situación física para ocasionar daños a las personas, los bienes y al medioambiente.” En cambio, el **riesgo** significa: en derecho administrativo, “ponderación de la probabilidad de un efecto perjudicial para la salud y la gravedad de ese efecto como consecuencia de un factor de peligro”, y similarmente en el derecho ambiental, “función de probabilidad de ocurrencia de un suceso y de la cuantía del daño que puede provocar.” Igualmente siguiendo los parámetros de CEFIC – el Consejo Europeo de la Industria Química – tendríamos que en dicha ciencia se establece la siguiente diferencia: “Un peligro existe en el caso en que un objeto (o sustancia) o situación tenga una capacidad inherente de provocar un efecto adverso. (...) El riesgo, por otro lado, es la probabilidad de que se produzcan dichos efectos: el riesgo puede ser alto o insignificante.” CEFIC. “Riesgo y peligro. ¿En qué se diferencian? Bruselas: Noviembre de 2009.

Otra hipótesis que cabría encuadrar también aquí son los eventos a los que se denominan actuaciones de “riesgo 0”. Una conducta de “riesgo 0” a aquel comportamiento peligroso *ex ante*, según la perspectiva del hombre medio, que en el caso concreto (*ex post*) posee una probabilidad 0 de materializar el “daño”. Por ejemplo, si una persona toma un arma de fuego descargada y dañada, y la acciona contra la humanidad de otra no se puede hablar ni siquiera de tentativa inacabada de homicidio, pues, aunque es cierto que tomar un arma de fuego es un hecho en sí mismo peligroso, la probabilidad de que pueda asesinar a dicho ser humano con el disparo de tal artefacto en esos momentos, según el caso concreto, sería estadísticamente de 0 y por ello si se sancionara a ese individuo por tal acto se violaría la prohibición de castigar a alguien por la ejecución de una conducta inocua, inofensiva o inapta para lesionar o poner en peligro el bien jurídicamente tutelado.

- II. Se prohíbe criminalizar y sancionar penalmente toda conducta insignificante o de bagatela; es decir, todo comportamiento que, aunque peligroso, represente un riesgo cuantitativa y cualitativamente mínimo<sup>418</sup>. Llamaremos a este corolario: *subprincipio de la insignificancia*.

Así pues, una conducta “mínimamente riesgosa” para el bien jurídico del patrimonio económico sería hurtar un confite de un supermercado de una multimillonaria franquicia mundial cuyo precio fuese igual a 1 centavo de dólar. En efecto, ese comportamiento es “peligroso” en la medida en que tiene la aptitud de al menos “arañar”, así sea de forma casi imperceptible, el bien jurídicamente protegido. Pero al ser de tan poca entidad el “riesgo” mencionado no alcanzaría a satisfacer el contenido material derivado del principio de lesividad para que fuese punible.

---

418 Contraria a esta postura: JAKOBS, Günther. Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 68-69. “*Tampoco los supuestos de bagatela en las infracciones de normas pertenecientes al ámbito central deben solucionarse como meras contravenciones, sino como infracciones penales y en un procedimiento penal: Toda reacción debe tener en cuenta el contexto normativo en que se inscribe el caso concreto; este contexto normativo, en las normas centrales, llega hasta los casos de bagatela, pues también la infracción, de bagatela en el caso concreto, de una norma central vulnera un principio elemental básico para la definición de la sociedad, no sólo para su existencia fáctica. En estas normas se trata de algo más que de la existencia o de la pérdida de bienes: de partes imprescindibles de la identidad de la sociedad [...] Por ello está especialmente vedado un desplazamiento de la pequeña criminalidad contra la propiedad y el patrimonio al ámbito de las contravenciones, en tanto que el principio de la protección de propiedad y patrimonio deba pertenecer al ámbito central*”

- III. Se prohíbe criminalizar conductas socialmente adecuadas. Llama a este corolario: *subprincipio de adecuación social*.

En efecto, el Derecho Penal no puede convertir en delito lo que quiera, ni tampoco obviar la historia y el sentir de un pueblo. Ir en contravía de las costumbres, deseos y orientaciones de la mayoría, implicaría generar mayores fracturas a la sociedad de las que se pretenden evitar con el proceso de criminalización. Son por estas razones que al legislador le queda vedado y lo mismo al aplicador de la norma, criminalizar comportamientos que la sociedad considera adecuados, buenos y loables, aunque quizás puedan llegar a tener una doble lectura moral. Por ejemplo, los pequeños obsequios de navidad que un abogado litigante regala a los empleados de un juzgado podría moralmente admitir una lectura reprochable o admirable al tiempo. Para algunos, puede representar un actuar cuya intención sea corrupta y busque únicamente lograr que sus intereses terminen siendo favorecidos. Sin embargo, para otros, puede representar el actuar natural de una persona altruista y generosa que acorde sus convicciones, piénsese religiosas, busca cerrar su año con bendiciones al compartir con los otros algo de lo que recibió durante el mismo. Pero en todo caso, lo cierto es que en la mayoría de países dicha práctica es muy común y se encuentra “socialmente tolerada” por la comunidad, evidenciándose que inclusive en algunas latitudes es “esperada” por el gremio de los funcionarios y alabada por la generalidad de las personas. En consecuencia, si se judicializara y castigara penalmente por cohecho a todos los empleados de un juzgado y al abogado litigante por el suceso irrefutable de que éste último le obsequió a cada uno de ellos para finalizar el año un pan navideño, se terminaría vulnerando el contenido material del principio de lesividad, porque se habría criminalizado una conducta socialmente adecuada que la comunidad no desea ni necesita reprimir, afectándose a su vez los principios de *fragmentariedad* y *prohibición de exceso o proporcionalidad*, pues se causarían mayores sacrificios o costos sociales que beneficios, convirtiendo el actuar del Estado en un comportamiento *de facto* completamente ilegítimo que lo podría desestabilizar.

Evidentemente el contenido de qué es lo *socialmente adecuado* depende del lugar donde se encuentre. Pero la represión por actuaciones que la sociedad

acepta e inclusive desea que sigan ocurriendo conforme su tradición es en general más perjudicial que beneficioso. Piénsese que un juez en el Estado Islámico le diera un día de buenas a primeras por condenar a un hombre al delito de *violencia intrafamiliar* basado en el hecho de que éste impuso como regla de su hogar la utilización del *hiyab* a su esposa e hijas (que es un velo que cubre la cabeza y el pecho usado usualmente por las mujeres musulmanas desde la edad de la pubertad). Es cierto que tradiciones como las descritas, desde la visión occidentalista, pueden tener cientos de lecturas e interpretaciones, siendo una de ellas la calificación peyorativa como acciones machistas y lesivas de los derechos humanos de la mujer. Sin embargo, basados en personales y particulares lecturas morales de los casos no pueden criminalizarse los comportamientos y es *necesario* en virtud del principio de lesividad excluir de toda sanción penal las conductas que sean socialmente adecuadas, por lo que si dicho juez hubiese obviado tal precepto y condenara el padre de familia mencionado su decisión no solamente sería objeto de reproche, sino que a la vez generaría una lesión grave a la legitimidad misma del Estado el cual, por actos como los descritos, pasaría a convertirse en el enemigo número 1 de la sociedad que precisamente buscaba proteger.

Con base en lo expuesto ya hay fundamentados y construidos varios elementos de la imputación objetiva: (1) la necesaria *creación de un riesgo* para satisfacer la exigencia de daño y (2) la *cuantificación* de dicha “potencialidad de daño” o “riesgo” mediante la premisa de “lesión o puesta en peligro efectiva del bien jurídicamente tutelado” al impedir la criminalización de tres grupos de casos: a) los inocuos; b) los insignificantes o de bagatela; y c) los socialmente adecuados.

Ahora bien, en lo relativo al contenido del daño o sobre cuál será la materia en la que habrá de recaer el mismo y por qué dicho riesgo tiene que ser necesariamente desaprobado son todas ellas preguntas cuyas respuestas no pueden obtenerse solamente del principio de lesividad, sino del enlace de éste con los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y legalidad. De esta manera, sintetizando lo expuesto hasta ahora, se tendría que la expresión “*creación de un riesgo*” surgió como consecuencia del principio de lesividad, pero el requisito completo de imputación objetiva conocido como “*creación de un riesgo jurídicamente desaprobado*” podrá emerger únicamente de la conjunción de

dicho principio con el de legalidad, y a su vez sabremos que el “daño” tendrá que ser de bienes jurídicos y no de otra cosa (por ejemplo, expectativas normativas como cree JAKOBS) porque la *lesividad* también se conecta con el *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*. Por último, se exigirá para la imputación objetiva en los delitos de resultado (a diferencia de los de mera conducta) además de la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado la realización del riesgo en el resultado*, según se explicó en el acápite 2.1.3 del primer capítulo, en virtud de la regla de “personalidad de las penas”<sup>419</sup> derivada del *principio de culpabilidad* en concordancia con los principios de legalidad y derecho penal de acto.

Pero, ¿cómo a partir del principio de lesividad podría justificarse la ubicación de la imputación objetiva? De la siguiente manera: el Derecho Penal tiene como función fundamental la protección de bienes jurídicos y los protege precisamente de lesiones o situaciones efectivamente peligrosas que pueda dañarlos. Para hacerlo, preceptúa de forma clara y expresa las conductas que estarán prohibidas penalmente mediante una técnica legislativa consistente en la elaboración de *tipos penales* donde se describe específicamente aquello que estará prohibido. Por ende, como a partir del principio de lesividad solamente las *conductas que generen daño* serán las que se prohíban y además únicamente, según se explicó, generan daño las conductas que constituyen una “*creación de riesgos*”, es más que evidente que la **ubicación** de la imputación objetiva tendrá que darse en el *tipo penal* pues es allí y sólo allí donde el legislador consigna los eventos que estarán prohibidos.

Continuando ahora con otro de los aspectos que debe ser fundamentado en el presente acápite y consistente en las *tesis 4* enunciadas líneas atrás, ¿qué categorías dogmáticas surgen del *principio de lesividad* como contenido puntual de la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado*? En esencia, es posible enlazar los corolarios denominados subprincipios de peligro, lesividad y adecuación social en una sola categoría dogmática, antiguamente denominada

---

419 Siguiendo en este sentido a MIR PUIG se tiene que como garantía integrante del principio de culpabilidad se encuentra el principio de personalidad de las penas acorde al cual “se impide castigar a alguien por un hecho ajeno”. MIR PUIG, Santiago. Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena. En: MIR PUIG. Estado, Pena y Delito. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012. p. 202.

como antijuridicidad material, pero que, para evitar confusiones dado el *desplazamiento* de la misma hasta el tipo penal objetivo, se llama simplemente “*lesividad del comportamiento*”. Esta categoría dogmática o **requisito esencial** para la estructuración del primer nivel de imputación objetiva (es decir, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado) se satisface si y sólo si se producen cualquier de los siguientes eventos: (1) la lesión de un bien jurídico; o (2) la puesta en peligro *efectivo* de dicho bien.

De la misma forma, es posible deducir el *aspecto negativo* o las *causales excluyentes* de la “*lesividad del comportamiento*” mediante la utilización de un recurso básico de la argumentación jurídica y consistente en la inferencia de ellas a partir del denominado *argumento a contrario sensu* según el cual dado un enunciado normativo que predica un supuesto de hecho y asigna una consecuencia jurídica a tal evento, es posible concluir “lo que se opone o es contrario al mismo, que por lógica no se comprende dentro de su significado.”<sup>420</sup> Así las cosas, no existirá lesividad cuando el comportamiento desplegado por el agente no lesione ni ponga en peligro efectivo el bien jurídicamente tutelado, y a su vez esa *ausencia de lesividad*, como contracara de su aspecto positivo, sea el producto de: (1) una actuación inocua o inidónea para lesionar el bien jurídicamente tutelado; (2) un comportamiento peligroso pero cuyo riesgo sea insignificante; o (3) se trate de una conducta socialmente adecuada.

Sin embargo, esas tres grandes causales de ausencia de responsabilidad requieren ser analizadas con más detalle, por lo cual se expone a continuación los criterios o requisitos necesarios para la configuración de las mismas, señalando además algunos ejemplos que por *carencia de lesividad* (antigua falta de antijuridicidad material) generarían *atipicidad objetiva* del comportamiento ante la ausencia de imputación objetiva producto de no satisfacerse el primer nivel de atribución consistente en la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado*:

- a. *Primera causal eximente de responsabilidad por ausencia de lesividad: conductas carentes de peligrosidad.*

Se engloban en esta ausencia de responsabilidad dos tipos de comportamientos: (1) todos aquellos que *ex ante* no sean peligrosos; es decir, no tengan la potencialidad para dañar, en el caso concreto, el bien jurídicamente tutelado. Se llamarán a este grupo de eventos *los casos inocuos*. Y (2) tampoco serán lesivos todos aquellos comportamientos que aun cuando pudieran ser peligrosos en sí mismos, principalmente porque se trata de la utilización de objetos peligrosos, bajo las circunstancias específicas en que se desarrollaron representan un “riesgo 0” para el bien jurídico. Se llama a toda conducta que encuadre aquí como *los casos inidóneos o inofensivos*.

Un ejemplo arquetípico del primer grupo de casos lo representaría que un sujeto “A” busque realizar el delito de *contaminación de aguas*<sup>421</sup> utilizando para ello más agua completamente aséptica. Es evidente, que la conducta desplegada por el sujeto es completamente inocua y analizada *ex ante* carecería por completo de la aptitud necesaria para lesionar el bien jurídico de la seguridad pública.

Un ejemplo arquetípico del segundo grupo de casos lo representaría la utilización de un veneno para causar el homicidio de una persona cuya fecha de vencimiento indica que expiró hace 50 años y que justamente por esa circunstancia ni siquiera tendría la aptitud de causar una indigestión a la persona más susceptible de enfermarse por cualquier cosa. En estos casos, aunque cualquier veneno es *per se* peligroso así ya no sirva ni siquiera para generar un leve malestar estomacal, lo cierto es que *carece de la idoneidad* para dañar el bien jurídico de la vida y por ende tal comportamiento sería completamente inofensivo.

Otros ejemplos carentes de lesividad y en consecuencia atípicos que pueden enunciarse, bien sea porque se traten de conducta inocuas o porque según el caso concreto sean inofensivas, serían las siguientes<sup>422</sup>: dispararle a una

---

421 COLOMBIA. ARTÍCULO 371 del Código Penal. CONTAMINACION DE AGUAS. <Penas aumentadas por el artículo 4 de la Ley 1220 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> El que envenene, contamine o de modo peligroso para la salud altere agua destinada al uso o consumo humano, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor. La pena será de cuatro (4) a ocho años (8) años de prisión, si estuviere destinada al servicio de la agricultura o al consumo o uso de animales. Las penas se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando la conducta se realice con fines terroristas.

422 Los ejemplos son tomados de WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, s.a. p. 195 y ss.

persona buscando matarla con un arma que otra persona había descargado secretamente (Art. 103 del C.P.), pretender el aborto con medios ineficaces (agua) o sobre una mujer no embarazada (Art. 122 del C.P.), dispararle a un cadáver (Art. 103 del C.P.), intentar hurtar a una persona metiendo la mano en un bolsillo en el que jamás hubo dinero (Arts. 239 y ss del C.P.), un porte ilegal de un arma totalmente inservible<sup>423</sup> (Art. 365 del C.P.), una falsedad en moneda (art. 273) o en documentos (art. 286) mediante objetos materiales que a todas luces y sin mayor esfuerzo revelan que son espurios<sup>424</sup>, etc.

Los *criterios* para determinar cuándo se trata de una *conducta carente de peligrosidad* (por inocuidad o inidoneidad) son los siguientes:

**Primero:** se debe examinar el bien jurídicamente tutelado analizando el alcance que tiene el mismo. Esto, por cuanto según el tipo penal y el caso concreto la *susceptibilidad* de daño entre un hecho y otro puede variar considerablemente. Por ejemplo: no sería lo mismo robarle un beso a una persona adulta que a una niña de 4 años y ello porque justamente el bien jurídico de la *formación sexual* es más frágil en el ser humano que aún se está desarrollando de lo que puede resultar para un adulto.

**Segundo:** se tendrán que analizar los elementos objetivos que exige el tipo penal utilizado acorde con las particularidades del caso concreto para examinar si los mismos establecen reglas directas o por remisión normativa que permitan puntualizar el espectro de idoneidad de la conducta subsumible en dicha figura legal.

**Tercero:** por último, desde la perspectiva *ex ante* se debe determinar si la conducta *jamás fue peligrosa* (inocuidad) o si a pesar de tratarse de un comportamiento peligroso éste representó, en el caso concreto, una situación de *riesgo 0* (inidoneidad); es decir, un evento cuya probabilidad de que lograra producir un daño fuera igual a 0.

---

423 Sentencias: 21064(15-09-04) y 32004(21-10-09)

424 GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Tomo III. La Tipicidad. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2005. p.663.

b. *Segunda causal eximente de responsabilidad por ausencia de lesividad: conductas insignificantes o de bagatela.*

Son todos aquellos comportamientos que aun cuando sean peligrosos *ex ante*, acorde consideraciones *ex post* constituyen un riesgo de daño para el bien jurídico absolutamente mínimo, al punto de ser casi imperceptible. Es cierto, que la *insignificancia* siempre ha sido un criterio que ha padecido el defecto de no ser matemáticamente cuantificable. Por ello, toda pretensión de generalización respecto a cuándo un riesgo fue alto o de bagatela puede ser difícil y siempre dependerá del caso concreto.

Ejemplos usualmente utilizados por la doctrina para describir estos eventos son: hurtar en un supermercado un confite<sup>425</sup> o un concentrado de gallina Nork<sup>426</sup> (Arts. 239 y ss. del C.P.), las lesiones personales en virtud de malos tratos levísimos como lo sería un empujón<sup>427</sup> o el rasguño en una mejilla producto de un puñetazo<sup>428</sup> (Arts. 111 y ss. del C.P.), la venta ambulante de un DVD no original<sup>429</sup> o de algunos libros fotocopiados<sup>430</sup> (Arts. 270 y ss. del C.P.), estafas en virtud de engaños mínimos dados en el ámbito de la publicidad de productos<sup>431</sup> (Arts. 246 y ss. del C.P.), injurias en virtud de expresiones denigrantes al interior de la familia<sup>432</sup> (Arts. 220 y ss. del C.P.), la realización de juegos de azar con apuestas muy pequeñas<sup>433</sup> (Art. 312 del C.P.), el tráfico o porte ilegal de estupefacientes por llevar cantidades de estupefacientes que superan en muy pequeña medida la dosis personal permitida o donar a un

---

425 Ibid. y también JAKOBS, Günther. Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO, JOSÉ (Trad.). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. 1995. p. 68.

426 EL ESPECTADOR. Hombre que robó cubo de caldo podría pagar hasta 6 años de cárcel. [En línea], 2012. Disponible en Internet: < [www.elespectador.com/noticias/nacional/hombre-robo-cubo-de-caldo-podria-pagar-hasta-6-anos-de-articulo-353160](http://www.elespectador.com/noticias/nacional/hombre-robo-cubo-de-caldo-podria-pagar-hasta-6-anos-de-articulo-353160)>.

427 La Sentencia de Audiencia Provincial (SAP) proferida en Barcelona-6ª 28-7-2006. Citada en nota al pie de página por: LUZÓN PEÑA., Op. cit.

428 VELÁSQUEZ, Fernando. Op., cit. p. 606.

429 La Sentencia de Audiencia Provincial (SAP) proferida en Barcelona-6ª 28-7-2006. Citada en nota al pie de página por: LUZÓN. Op., cit.

430 COLOMBIA. CSJ. SCP, Sentencia 31362, 13 de mayo del 2009. Salvamento de voto del Doctor Sigifredo Espinosa Pérez. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

431 MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, Parte General. Barcelona, España: Editorial Reppertor, 9ª edición, 2011. p. 530.

432 ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General. Op., cit. p. 296.

433 Ibid., p. 296.

amigo su dosis<sup>434</sup> (Art. 376 del C.P.), tomar agua de una fuente ajena (art. 256 del CP), transportar a un pasajero una cuadra más allá del lugar donde solicitó el pare o retener momentáneamente una persona en el banco por ser la hora de cierre mientras el vigilante abre la puerta (art. 168 del C.P.)<sup>435</sup> entre otros.

En relación con los *criterios* para determinar la *insignificancia* o *grado mínimo de riesgo* requerido se pueden emplear los siguientes:

**Primero:** Es fundamental analizar la fragilidad o robustez del bien jurídicamente tutelado acorde el caso concreto.

**Segundo:** Se debe examinar la relación que existe entre el “bien jurídicamente tutelado” y el “sujeto pasivo” para lograr establecer cuánta afectación le representó a él la conducta del sujeto activo según el caso concreto.

**Tercero:** Es fundamental ponderar el coste/beneficio que produciría sancionar al “sujeto activo” con relación al perjuicio mínimo causado por su actuar evaluando: relevancia social del comportamiento ejecutado, obstaculización del ejercicio de derechos que conllevó para el sujeto pasivo la conducta del sujeto activo investigado y potencialidad de riesgo establecida mediante la fórmula de la tendencia general de dicho comportamiento para producir daños considerables acorde el contexto habitual de la sociedad en la que ocurra.

No obstante, será labor de la doctrina y la jurisprudencia ir elaborando conforme los casos concretos y los distintos tipos penales aquellos criterios a partir de los cuales sea posible edificar y aplicar el criterio de insignificancia. Un ejemplo claro de ello lo constituye el delito de *Tráfico o Porte de Estupefacientes* sobre el

---

434 En Colombia: COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia no. 18609, 08 de mayo de 2005. M.P.: Herman Galán Castellanos. COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia no. 18609, 08 de mayo de 2005. M.P.: Herman Galán Castellanos. COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia no. 24612, 26 de abril de 2006. M.P.: Jorge Luis Quintero Milanés. COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia no. 23609, 01 de febrero de 2007. M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez. COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia no. 28195, 08 de octubre de 2008. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca. COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia no. 31531, 08 de julio de 2009. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas. COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia no. 35978, 17 de agosto de 2011. M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero y entre muchas otras y COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia no.C-491 de 2012, 28 de junio de 2012. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. En España también lo ha interpretado así la jurisprudencia según LUZÓN PEÑA, Diego. Op., cit. p.178.

435 GÓMEZ, Jesús. Op., cit. p. 664.

cual la Sala de Casación Penal ha dicho que para concluir una *ausencia de lesividad* es necesario tener en cuenta los siguientes parámetros: (1) si la cantidad que se lleva consigo sobrepasa ligeramente la dosis legal de uso personal carecerá entonces tal conducta de lesividad por su insignificancia<sup>436</sup>; (2) que el consumo de estupefacientes es una conducta que no tiene la potencialidad de afectar bienes jurídicos ajenos (la salud o la seguridad pública, o el orden económico y social); (3) que la presunción de antijuridicidad para los delitos de peligro abstracto como es el de Fabricación, tráfico y porte de estupefacientes, es *iuris tantum* siempre, y no sólo cuando se trate de excesos ligeros a la dosis de uso personal; (4) que el drogadicto, incluido su entorno familiar, es sujeto de una especial protección constitucional porque es concebido como una persona enferma. Además, el consumidor en general es también sujeto de una discriminación positiva porque se establecen en su favor medidas curativas y rehabilitadoras en el nivel normativo superior; (5) que el consumo de drogas no podría ser factor constitucional de discriminación positiva y, al tiempo, una circunstancia antijurídica, mucho menos desde el punto de vista punitivo; y (6)

“así las cosas, el porte de estupefacientes en una cantidad superior a la establecida legalmente como dosis de uso personal, es una conducta típica que se presume antijurídica. Sin embargo, como quiera que tal presunción ostenta carácter *iuris tantum*, la prueba de que su destino es el consumo estrictamente personal sin que aparezca interferencia en derechos ajenos (orden socio-económico o la seguridad pública), desvirtúa tal suposición legal y, por ende, excluye la responsabilidad penal. En consecuencia, la cantidad de estupefaciente que se lleve consigo no es el único elemento definitorio de la antijuridicidad, sino sólo uno más de los que habrán de valorar los juzgadores a fin de determinar la licitud de la finalidad del porte.”<sup>437</sup>

**Cuarto:** Se debe tener como punto de referencia ineludible el marco limítrofe de lesividad efectiva impuesto por el legislador en la parte especial del Código

---

436 COLOMBIA. CSJ. SCP. Sentencia no. SP11726-2014 (Rad. 33409), 03 de septiembre del 2014. M.P.: José Leonidas Bustos Martínez.

437 COLOMBIA. CSJ. SCP. Sentencia no. SP15519-2014 (Rad. 42617), 12 de noviembre de 2014. M.P.: Gustavo Enrique Malo Fernández.

Penal. Así pues, se quiere explicar por qué hurtar un confite en un supermercado es atípico por falta de lesividad y en cambio hurtar 300 dólares a una poderosa entidad Bancaria como el GRUPO AVAL en Colombia **sí es lesivo** a pesar de que dicho desplazamiento patrimonial sería en últimas tan insignificante desde el punto de vista cuantitativo como lo fue para el supermercado el apoderamiento del dulce, tendría que hacerse referencia puntual al artículo 239 del CP, inciso segundo, en el cual se atenúa la pena si el valor del bien apoderado no excede los 10 salarios mínimos mensuales vigentes, razón por la cual el *marco de referencia* en los delitos patrimoniales sería justamente el *salario mínimo mensual vigente* evidenciándose que en el caso concreto al haberse superado ese límite impuesto por el legislador se encontraría en presencia de un verdadero hurto atenuando y NO en una conducta atípica por falta de lesividad por cuanto lo apoderado habría sido superior al salario mínimo mensual vigente que devengaría un colombiano para el **año** 2018 (esto es, 265 dólares al mes) lo que implicaría por disposición expresa del legislador la lesión efectiva del bien jurídico patrimonial protegido por la disposición normativa ya referida.

Ahora bien, si el hurto fuera por 165 dólares aun se seguiría pensando que existe lesividad, aunque claramente esta cantidad ya estaría por debajo de lo que considera un salario mínimo. ¿Cuál sería el argumento para pensar que tal comportamiento es lesivo? Por el contrario, si el hurto fuese de 1 dólar (es decir, por un valor apenas superior al precio de un confite costoso en un supermercado) ya se podría decir que la insignificancia de la lesión haría procedente reconocer la atipicidad del comportamiento justamente por la falta de lesividad del mismo. Pero, ¿por qué? **¿Cómo superar la inseguridad de la intuición cuando el tope del legislador ya no es un punto de referencia?** A través del criterio del “hombre medio”. De esta manera, si el sujeto pasivo en delitos contra el patrimonio económico pertenecía al baremo del *hombre de economía media*, 1 dólar representaría para dicho sujeto el 0,38% de su salario mínimo lo que a todas luces es insignificante siempre y cuando se trate de un hombre de economía media o superior. En contraposición a ello, los 165 dólares hurtados definitivamente sí serían lesivos para el patrimonio económico porque representarían el 62, 26% del salario de un *hombre de economía media* y en consecuencia la afectación sería **de una entidad suficiente para considerarla punible. No obstante, entre el 0% y el 100% ¿en qué punto se vuelve lesiva para el patrimonio económico la conducta? Es una pregunta en la**

**que no es posible hallar una respuesta completamente satisfactoria. Sin embargo, podría usarse como marco de referencia el aumento anual del salario mínimo en Colombia; esto es, 5.9%** puesto que, si el hurto fuera igual o superior a dicho porcentaje entonces en verdad la persona habría *perdido* mediante el desplazamiento patrimonial no autorizado el *aumento* que para el año 2018, por ejemplo, había ganado.

Empero, no todo tope tasado por el legislador constituye un *marco de referencia ineludible* para determinar la lesividad, dado que si así fuera siempre que se superara la *dosis personal* en el porte de estupefacientes habría que afirmar la lesividad del comportamiento de una persona que llevara consigo la droga en cuestión en un gramaje superior al permitido y, sin embargo, no es así. Entonces, ¿cómo saber cuándo el punto de referencia de la lesividad impuesto por el legislador resulta ineludible para tasar la lesividad y cuándo no? Lo *primero* que tiene que hacerse es verificar si el legislador penal con el establecimiento de “límites” o “extremos” está delimitando el campo de los *permitido* o *prohibido*, o si por el contrario está graduando el nivel de *afectación del bien jurídico*. De esta manera, por ejemplo, los límites de la velocidad en la carretera a los que puede ir un coche NO es un marco de referencia de la lesividad, sino una delimitación del riesgo permitido. En cambio, situaciones como las descritas por el inciso segundo del artículo 223 del CP al respecto de la injuria y la calumnia al ordenar que “*si se cometiere por medio de escrito dirigido exclusivamente al ofendido o en su sola presencia, la pena imponible se reducirá hasta en la mitad*”, si sería un factor de graduación del daño afectación del bien jurídico y por ende un punto de referencia para saber cuándo una imputación deshonrosa realizada a una persona llega a ser lesiva de la integridad moral y cuándo no.

El *segundo* aspecto que tendrá que verificarse en torno a la determinación de si el tope establecido por el legislador es un marco de referencia *ineludible* o no para el intérprete del caso, es la existencia de un derecho que posiblemente en la tipificación de un comportamiento haya sido vulnerado al desatender en el proceso de criminalización los principios limitadores del *ius puniendi* tales como los *de exclusiva protección de bienes jurídicos* y *proporcionalidad*. De esta manera, como en la penalización de la dosis personal y la cuantificación de la misma lo que subyace es un sistema punitivo paternalista que aún guarda en su seno criminalizaciones anacrónicas de conductas que resultan en realidad y a lo

sumo comportamientos simplemente inmorales y, a su vez, la posibilidad de un individuo de llevar consigo la cantidad de droga que quiera, para su uso personal, no es más que la manifestación de un verdadero derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad, mal haría el intérprete en utilizar como marco de referencia para establecer la lesividad del comportamiento el gramaje mínimo que el legislador ha establecido como dosis personal jurídicamente permitida. Son por estas razones que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia recientemente ha dicho:

“De la misma manera, cuando la cantidad de estupefaciente supera la prevista como dosis para el uso personal, es necesario recurrir a otros factores que puedan determinar el juicio de lesividad de la conducta, de modo que la ilicitud se establezca con fundamento en criterios normativos referidos a la relevancia jurídico penal del comportamiento y a la efectiva afectación del bien jurídico protegido, en todo caso distintos al arbitrario y vago concepto legal de dosis personal.

Valga decir, en el contexto de la nocividad específica de la sustancia de crear dependencia, que es el concreto cometido de protección a través del bien jurídico de la salud pública, el criterio atinente a los límites cuantitativos impuestos por el legislador al determinar la dosis para el uso personal, con frecuencia riñe con las condiciones personales del individuo, caso en el cual entran en juego otros elementos atinentes, por ejemplo, al grado de dependencia, su tolerancia y necesidad, su condición de consumidor adicto, recreativo o primerizo y la posibilidad de abastecimiento en cantidades superiores o de dosis compartidas, lo que escapa a cualquier previsión legislativa.

(...)

En este sentido, cobra importancia la orientación que frente al delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes ha dado la Sala en las sentencias CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760; CSJ SP-4131, 6 abr. 2016, rad. 43512; y, CSJ SP-3605, 15 mar. 2017,

rad. 43725; en el sentido de considerar el ánimo, de consumo propio o de distribución, del sujeto activo como ingrediente subjetivo o finalidad del porte de sustancias alucinógenas, a efectos de excluir su responsabilidad penal o de estimar realizado el tipo de prohibición.

Con ello, la Corte está reconociendo la existencia en el tipo penal del artículo 376 del Código Penal de lo que se conoce en la doctrina como elementos subjetivos distintos del dolo, elementos subjetivos del tipo o elementos subjetivos del injusto<sup>438</sup>, que son aquellos ingredientes de carácter intencional distintos del dolo que en ocasiones se emplean para describir los tipos penales y que poseen un componente de carácter anímico relacionado con una peculiar finalidad del sujeto realizador de la conducta descrita.

Como se sabe, en algunas ocasiones es el mismo legislador el que incluye elementos subjetivos en el tipo penal (p. ej. artículo 239 del Código Penal). En otras, sin embargo, es la jurisprudencia la que recurre a elementos especiales de ánimo cuando no se han previsto expresamente en el tipo penal, haciéndose necesarios para identificar con claridad la carga de intencionalidad y, con ello, el sentido de la conducta.

En todo caso, la función de esos ingredientes subjetivos, distintos al dolo, es la de definir el riesgo jurídicamente relevante, esto es, sirven para confirmar o rechazar la tipicidad de la conducta en el plano material dentro del proceso de imputación objetiva.

De esa manera, en relación con el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el recurso a los elementos subjetivos diferentes del dolo, tiene el propósito de efectuar una restricción

---

438 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derecho Penal – Parte General, Buenos Aires: Ediar, 2000. p. 517; STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal – Parte General, Madrid, Thomson-Civitas, 2005. p. 171; MEZGER, Edmund. Derecho Penal – Parte General. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963. p. 135.

teleológica del tipo penal, pues no obstante que el contenido objetivo del verbo rector llevar consigo remite a la realización de la conducta penalmente relevante con el solo acto de portar las sustancias estupefacientes, psicotrópicas o drogas sintéticas, el desarrollo jurisprudencial atrás relacionado ha reducido el contenido del injusto a la demostración del ánimo por parte del portador de destinarla a su distribución o comercio, como fin o telos de la norma.”<sup>439</sup>

Entonces que la misma Corte Suprema de Justicia establece como criterio de graduación de la lesividad el hecho el *telos* o *finalidad de la norma* y no únicamente el tope que ha previsto el legislador penal. Sin embargo, yerra la Sala de Casación Penal cuando con el ánimo de precisar los *ambiguos* y *vagos* criterios de determinación de la lesividad termina **inventándole**, cual si fuera un legislador, una especie de elementos subjetivos especiales al art. 376 del CP confundiendo luego de ello el orden, contenido y funciones de los estadios sistemáticos del delito al relacionar tales *ingredientes subjetivos* con la imputación objetiva del comportamiento a pesar de que cuando llegamos tipo subjetivo ello ocurre justamente porque *ya ha sido superado el examen de imputación objetiva*, careciendo de sentido lógico-sistemático el tener que regresar a estudiar un nivel que se suponía satisfecho.

En conclusión, para graduar la *lesividad* de un comportamiento habrá de tenerse en cuenta: (1) el marco de referencia del legislador con las salvedades explicadas y (2) el criterio del “hombre medio” con base en las cuales se evalúan las condiciones particulares del sujeto pasivo.

c. Tercera causal eximente de responsabilidad por ausencia de lesividad: conductas socialmente adecuadas.

Hay ciertos eventos en los cuales las actividades peligrosas se encuentran permitidas, no por la existencia de una normatividad pre-jurídico-penal o pre-jurídica, sino por el significado social del comportamiento. En este

---

439 COLOMBIA. CSJ. SCP. Sentencia no. SP9916-2017 (Rad. 44997), 11 de julio del 2017. M.P.: Patricia Salazar Cuéllar.

punto es necesario explicar que el criterio de adecuación social como nivel de determinación de la ausencia de lesividad, de manera alguna deja de ser objetivo o jurídico, ya que como lo vimos líneas atrás, lo normativo se produce en dos niveles, siendo uno de ellos la valoración cultural que delimita el entorno del derecho y le otorga su material de regulación dispositiva.

Así las cosas, en éste punto específico de definición atributiva se ventilarán aquellos supuestos en los que el elemento preponderante es la normalidad social de la conducta generadora de riesgo debiéndose tener en cuenta las cualidades normativas del comportamiento incriminado para establecer el marco general de permisión. Y es que con esta institución dogmática es posible determinar el “estado de interacción normal” que resulta irrelevante para el Derecho penal y que por lo tanto sirve para excluir la imputación de objetiva de aquellos comportamientos que llevados a cabo dentro de dicho ámbito de normalidad se han constituido simplemente en situaciones carentes de lesividad.

En 1962 el profesor Hans Joachim HIRSCH en un artículo denominado *Adecuación social y teoría del injusto* definió las conductas socialmente adecuadas como “*aquellas actividades que se mueven por completo en el marco del orden ético-social normal, históricamente generado, de la vida comunitaria, es decir, todas aquellas actividades que están vinculadas de tal modo con nuestra vida social que deben ser consideradas como completamente normales.*”<sup>440</sup> Así mismo, en un extraordinario ejercicio de síntesis agrupó todos los casos que normalmente la doctrina solía incluir como socialmente adecuados de esta manera:

- I. Por un lado, limitaciones de la libertad con las que el sujeto pasivo está de acuerdo durante el proceso normal de interacción social: por ejemplo, tratos groseros y utilización de palabras soeces derivados de comportamientos libidinosos y juegos sexuales que no superaban lo tolerado en dichas interacciones (serían atípicos de injurias y delitos similares contra la integridad moral); ciertas conductas incultas e inclusive un tanto irrespetuosas de las personas en los carnavales pero comunes durante dichas festividades por el fragor del momento

(también adquirirían la calidad de atípicas de injurias por vías de hecho y delitos similares); y, por último, la apropiación de objetos de muy escaso valor encontrados en la calle, tales como monedas de baja denominación (igualmente sería atípica de hurto).

- II. Los supuestos de riesgos permitido y la inducción a sujetos para realizar una autopuesta en peligro dolosa socialmente adecuada.
- III. Las intervenciones médicas curativas acorde la *lex artis*
- IV. Los homicidios y lesiones personales ocasionados a los enemigos durante las guerras; los abortos producidos por indicaciones médicas; las correcciones físicas realizadas por los profesores a sus alumnos o los padres a los hijos; las limitaciones al ejercicio de ciertos derechos conforme el orden jurídico regulador de un cargo o servicio público, etc.
- V. Las huelgas como parte del ejercicio del Derecho al Trabajo
- VI. Los regalos de navidad entregados al cartero; los juegos de azar con apuestas de muy escaso valor; las injurias hechas a terceros, pero únicamente en círculos familiares muy íntimos; las afirmaciones exageradas o publicidad sensacionalista a las que las personas están acostumbradas y no le dan mucha importancia (respecto al delito de estafa); la obstrucción a la justicia mediante ruegos que familiares le hacen al denunciante para que retire su denuncia o a un testigo para que no declare en juicio, etc.

Luego de ello, fue mostrando cómo muchos de tales casos constituían en realidad causales de justificación, otros, modalidades de riesgos permitidos, algunos podían solucionarse con el principio de insignificancia y los restantes hallaban una respuesta satisfactoria poniendo de presente la ausencia de adecuación o subsunción entre los hechos descritos y ciertos elementos del tipo penal objetivo, para concluir con base en tales premisas que era completamente innecesaria la adecuación social a nivel dogmático o doctrinal como un elemento del delito. Y en efecto se coincide con HIRSCH en lo siguiente: los casos de la hipótesis (1) pueden solucionarse mejor mediante la aplicación

del “consentimiento” como causal de justificación, que se verá en el capítulo III, considerándose un criterio negativo de imputación objetiva, y respecto al último ejemplo de ese mismo grupo de casos relativos a la apropiación de cosas de poco valor, lo correcto sería aplicar el principio de insignificancia. En cuanto a los casos de “riesgo permitido”, es evidente que éste se trata de un criterio autónomo e independiente del *aspecto negativo* de la imputación objetiva, caracterizado por la autorización expresa o tácita que el ordenamiento jurídico realiza para ejecutar una conducta riesgosa en un momento determinado, a diferencia de los casos socialmente adecuados que adquieren esa caracterización por la aceptación, tolerancia o alabanza que la comunidad hace de ellos, sin que medie para obtener tal condición algún tipo de regulación jurídica. Ya en lo relativo a la inducción de autopuestas en peligro dolosas se ve que desde ROXIN es claramente tal situación una ausencia de responsabilidad derivada de la interpretación misma del alcance de los tipos penales y, por ende, también un criterio negativo independiente de imputación objetiva.

Así mismo, las hipótesis (2), (3) y (4) encuadrarían en su mayoría con causales de justificación similares al “ejercicio de un derecho” o “ejercicio de un cargo público” y, por ende, según se explicará en el capítulo III, serían criterios negativos de imputación objetiva por representar modalidades específicas de riesgos permitidos.

Sin embargo, las hipótesis contenidas en el numeral (v), a diferencia de lo que concluye HIRSCH, son considerados verdaderos eventos de adecuación social, porque aun cuando él considera que a partir de una restricción de los elementos del tipo penal objetivo que se adecuarían a cada uno de los hechos descritos mediante la utilización de la *ratio legis*, es posible lograr que fracase el proceso de subsunción típico, lo cierto es que en el primer juicio de adecuación efectuado por el operador judicial lo único que le compete a éste es verificar si las conductas encajan o no en la descripción realizada por el legislador, siendo en el siguiente estadio analítico de imputación objetiva o juicio de atribución jurídica donde se ejerce la valoración y restricción del alcance del tipo penal mediante los criterios de adscripción normativamente elaborados. Por ello, en vez de hilar delgado con cada elemento del tipo penal para evitar que los hechos de la hipótesis (v) encajen con la descripción legal, a pesar de que efectivamente sí lo hacen, lo correcto sería reconocer que la *atipicidad objetiva* de tales comportamientos no

son el producto de un fallido juicio inicial de subsunción, sino de la completa ausencia de imputación objetiva porque a pesar del encuadramiento formal de los hechos con la norma, tales comportamientos no alcanzaron a crear un riesgo jurídicamente desaprobado al carecer de lesividad por tratarse de hechos socialmente adecuados. Todo lo dicho, por supuesto, para países como en Alemania donde comportamientos como los descritos con anterioridad sean formalmente típicos. En Colombia ni siquiera pasarían el juicio de subsunción inicial por cuanto no tenemos delitos que restrinjan de manera tan severa la libertad de las personas. A modo de ejemplo, el sólo diálogo que una persona haga con el testigo de un caso, si no media amenaza,<sup>441</sup> no constituye en sí mismo una conducta típica de nada. Pero si en gracia de discusión, esta hipótesis lograra pasar el tamiz del tipo penal contenido en el artículo 454-B<sup>442</sup> denominado *ocultación, alteración o destrucción del elemento material probatorio* bajo la utilización del verbo rector “alterar” el medio de prueba “testimonial”, de todas formas no lograría superar el requisito de imputación objetiva porque sería parte de la *interacción social* y la *solidaridad*<sup>443</sup> que los seres humanos intenten ayudar a sus familiares cuando estén en problemas ocasionados por otros, siendo socialmente aceptado que ellos busquen persuadir, sin amenazas o sobornos, a testigos o acusadores para librar de la cárcel a sus semejantes. No

---

441 COLOMBIA. ARTÍCULO 454-A del Código Penal. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> <Artículo adicionado por el artículo 13 de la Ley 890 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> El que amenace a una persona testigo de un hecho delictivo con ejercer violencia física o moral en su contra o en la de su cónyuge, compañero o compañera permanente o pariente dentro del cuarto grado, para que se abstenga de actuar como testigo, o para que en su testimonio falte a la verdad, o la calle total o parcialmente, incurrirá en pena de prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la conducta anterior se realizare respecto de testigo judicialmente admitido para comparecer en juicio, con la finalidad de que no concurra a declarar, o para que declare lo que no es cierto, incurrirá en prisión de cinco (5) a doce (12) años y multa de cien (100) a cuatro mil (4.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A las mismas penas previstas en los incisos anteriores incurrirá quien realice las conductas sobre experto que deba rendir informe durante la indagación o investigación, o que sea judicialmente admitido para comparecer en juicio como perito.

442 COLOMBIA. ARTÍCULO 454-B del Código Penal. OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO. <Artículo adicionado por el artículo 13 de la Ley 890 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> El que para evitar que se use como medio cognoscitivo durante la investigación, o como medio de prueba en el juicio, oculte, altere o destruya elemento material probatorio de los mencionados en el Código de Procedimiento Penal, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

443 Sobre comportamientos característicos del hombre y especies mamíferas similares véase: WILSON, Edward O. Sobre la naturaleza humana. México: Fondo de Cultura Económico, 2011. capítulos II y VII.

comprender esto, sólo podría explicarse en el marco de una completa falta de empatía cercana a una mentalidad psicopática<sup>444</sup> o fundamentalmente asocial.

Un caso de adecuación social palmario que hasta hace unos pocos años se presentaba en la ciudad colombiana de Cúcuta, Norte de Santander, como municipio fronterizo con Venezuela<sup>445</sup>, era el relativo al *Favorecimiento y facilitación del contrabando*<sup>446</sup>, puesto que miles de personas vendían en cualquier calle de la ciudad gasolina de contrabando y, sin embargo, jamás eran judicializados o, si eventualmente ocurría, eran liberados al instante. ¿Por qué? Esencialmente, porque se trataba de comportamientos *socialmente adecuados* del cual vivían cientos y miles de familias cucuteñas y venezolanas. Inclusive, si se hubiera producido una captura masiva de los denominados “pimpineros”<sup>447</sup>,

444 “La psicopatía representa un cuadro clínico clasificado como un trastorno de la personalidad, que incluye un conjunto de rasgos de naturaleza interpersonal, afectiva, conductual (estilo de vida) y antisocial. (...) Por lo que respecta a la faceta afectiva, destaca la falta de sentimientos de culpa, **la ausencia de empatía** y las emociones superficiales (...)” GARRIDO, Vicente. Perfiles criminales. Un recorrido por el lado oscuro del ser humano. Barcelona: Ariel, 2012. p. 13.

445 Para el año 2017: “Hasta antes del cierre fronterizo, las principales vías de Cúcuta estaban atestadas de pimpineros. Hileras de vendedores de gasolina ilegal se divisaban en la avenida Las Américas, la Demetrio Mendoza, la autopista de Atalaya, el anillo vial y Cenabastos. En agosto de 2015, con el cierre de frontera, traer gasolina desde Venezuela era cada vez más difícil para los contrabandistas, y a esto se le sumó los operativos policiales. En Cenabastos se podían observar cerca de 50 cambuches de gasolineros, pero a la fecha, esta misma vía está completamente despejada.” <https://www.laopinion.com.co/cucuta/desaparecen-poco-poco-los-pimpineros-de-cucuta-127829#OP>; para el año 2006: “Por un lado, desde hace 30 años miles de familias viven de la comercialización de esta gasolina, lo que hace que cualquier acción que se tome para contrarrestar este ilícito tenga un gran impacto social. Pero, por el otro, son cuantiosos los recursos que deja de recibir el país por los impuestos al no venderlo legalmente. En Cúcuta hay 12.000 familias que participan de este negocio, según datos de la Secretaría de Hacienda de Norte de Santander.” LA OPINIÓN. Desaparecen poco a poco los ‘pimpineros’ de Cúcuta. [En línea], 2017. Disponible en Internet: < <https://www.laopinion.com.co/cucuta/desaparecen-poco-poco-los-pimpineros-de-cucuta-127829#OP> >

446 COLOMBIA. ARTÍCULO 320 del Código Penal. FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO. <Artículo modificado por el artículo 6 de la Ley 1762 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> *El que posea, tenga, transporte, embarque, desembarque, almacene, oculte, distribuya, enajene mercancías que hayan sido introducidas al país ilegalmente, o que se hayan ocultado, disimulado o sustraído de la intervención y control aduanero o que se hayan ingresado a zona primaria sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera, cuyo valor supere los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin superar los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en pena de prisión de tres (3) a seis (6) años y multa del doscientos por ciento (200%) al trescientos por ciento (300%) del valor aduanero de la mercancía objeto del delito.*

*Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre mercancías cuyo valor supere los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en pena de prisión de seis (6) a diez (10) años, y multa del doscientos por ciento (200%) al trescientos por ciento (300%) del valor aduanero de la mercancía objeto del delito. No se aplicará lo dispuesto en el presente artículo al consumidor final cuando los bienes que se encuentren en su poder, estén soportados con factura o documento equivalente, con el lleno de los requisitos legales contemplados en el artículo 771-2 del Estatuto Tributario.*

447 Así denominados a los vendedores informales de gasolina porque las vendían en unos recipientes de plástico llamados “pimpinas”.

la descomposición social que ello hubiese ocasionado no habría tenido precedentes en dicha ciudad, generándose por tales circunstancias tan solo el aumento de personas militantes para bandas criminales dedicadas al sicariato, la venta de drogas, el hurto y la extorsión; esto, sin contar con los peligrosos motines que hubieran cercado la ciudad al lado de otros fenómenos de iguales o peores proporciones. No se quiere decir con esto que la conducta de los vendedores informales de gasolina de las ciudades fronterizas con Venezuela fuera digna de imitar o un modelo ejemplar que debiera ser resaltado a nivel mundial, pero tampoco puede desconocerse que su desarrollo, sí resultaba tolerado socialmente e inclusive, según el contexto, necesario porque en Cúcuta, por ejemplo, las bombas oficiales de gasolina no solían tener el cupo suficiente para abastecer a la región y, por ende, permanecían vacías, orillando a los ciudadanos a que compraran necesariamente a los pimpineros. No era raro, inclusive, ver como jueces, fiscales y policías, surtían de gasolina sus carros sin la mayor vergüenza o remordimiento, en cualquiera de los miles de puestos de pimpina que había en la ciudad nortesantandereana, evidenciándose la inmensa aceptación que de tales actuaciones existía por toda la comunidad en general.

El anterior caso nos permite evidenciar, a todas luces la importancia que la adecuación social podría revestir en situaciones como la descrita, donde sino existiera la misma, quizás ninguna mejor solución dogmática podría dársele a casos como el mencionado (salvo quizás por la difícil aplicación de alguna forma de error de prohibición indirecto). Y es que como bien lo dice el profesor GARRIDO MONTT: "(...) la conducta, aunque encuadre en una descripción legal penal, no puede ser considerada típica si la sociedad normalmente la acepta; pues los hechos habitualmente tolerados no pueden ser socialmente lesivos o, por lo menos, la comunidad acepta correr el riesgo que ellos provocan."<sup>448</sup>

¿Qué criterios podrían utilizarse para aplicar la adecuación social? Esencialmente los siguientes:

---

448 GARRIDO MONTT, Mario. Garrido Montt, M. Derecho penal parte general. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 2003. p.87.

**Primero:** debe analizarse la legitimación histórica<sup>449</sup>; es decir, el grado de aceptación social que el comportamiento haya tenido con el paso del tiempo, lo cual implicaría que sólo entrarían en dicha exclusión de responsabilidad los casos que hicieran parte de una cultura o tradición consolidada y no surgida de forma reciente.

**Segundo:** el grado de generalización, puesto que la adecuación social debe superar el círculo familiar o fraternal del sujeto activo y extenderse a un contexto mucho más amplio abarcando interacciones intersubjetivas propias de una raza, pueblo, región o comunidad.

**Tercero:** la compatibilización de las prácticas socialmente adecuadas con el núcleo esencial de los derechos fundamentales y la dignidad humana, por cuanto, si el comportamiento tolerado por la comunidad consistiera, por ejemplo, en la amputación de miembros de niños recién nacidos ello, sin lugar a dudas, materializaría la *lesividad del comportamiento* como requisito fundamental de la imputación objetiva en punto de la *creación de riesgos jurídicamente desaprobados*. Podríamos, entonces, denominar a este criterio como *principio de la licitud*, entendiendo por este último la adecuación de la práctica social que está formalmente prohibida por el tipo penal (y que en consecuencia es ilegal) con los derechos humanos fundamentales de toda persona.

**Cuarto:** verificar que la conducta socialmente aceptada no sea a la vez un riesgo permitido, porque en caso afirmativo se habrá de preferir por *especialidad* y mayor *seguridad jurídica* la aplicación dicho criterio negativo de imputación objetiva.

### 2.2.3 Fundamentación legal de las 4 tesis defendidas

¿Encuentra apoyo legal en Colombia, de *lege lata*, cada una de las tesis defendidas o constituyen solamente un proyecto de *lege ferenda*?

---

449 JESCHECK y WEIGEND. Op., cit. p. 269 “La teoría de la adecuación social afirma que el desarrollo de acciones practicadas con el oportuno deber de cuidado y que están completamente radicadas **dentro del marco de la ordenación** de la vida comunitaria que se ha **configurado históricamente**, no realizar tipo delictivo alguno aún cuando sean peligrosas para bienes jurídicos penalmente protegidos (...)”

Evidentemente, según se ha mostrado en las páginas precedentes, las 4 tesis expuestas encuentran pleno respaldo en la Suprema Carta Política por cuanto todas ellas se apoyan en los principios de política criminal que la Corte Constitucional ha aceptado en su doctrina constitucional integradora como límites constitucionales del *ius puniendi*, dentro de cuyo catálogo encontraríamos los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, lesividad, legalidad y culpabilidad.

De igual forma esos principios han sido acogidos por nuestro Código Penal, ley 599 de 2000 de forma explícita en los artículos 6, 9, 10, 11 y 12. Sin embargo, en un primer y rápido vistazo, pareciera que el artículo 11 del Código Penal planteara una contradicción entre su tenor literal y mi cuarta tesis consistente en considerar la *lesividad* y su *ausencia* como criterios positivos y negativos, respectivamente, de la imputación objetiva del comportamiento analizables únicamente durante el juicio de tipicidad objetiva de la conducta y no en la categoría dogmática posterior de antijuridicidad. Nótese, que el artículo 11 de la ley 599 de 2000 (denominado antijuridicidad) establece que “*para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.*” En consecuencia, pareciera que la *lesividad* como categoría dogmática debiera ser estudiada por mandato legal luego de que sea afirmada la tipicidad y no antes, como requisito previo, para la determinación de la misma.

Afortunadamente, esa aparente incompatibilidad de la tesis aquí expuesta con la exégesis legal puede ser salvada acudiendo a dos recursos argumentativos: el método de interpretación histórico y la argumentación con base en precedentes<sup>450</sup>.

El *método de interpretación histórico* consiste en tratar de “buscar la voluntad del legislador histórico o, de manera menos rígida, la voluntad reconocible (noción que permitiría corregir las imprecisiones cometidas por el legislador

---

450 “El uso de un precedente significa la aplicación de la norma que subyace a la decisión del precedente. El Derecho del precedente es también un Derecho de normas.” ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 266.

histórico). Las fuentes de información son todos los documentos escritos donde se encuentran datos sobre los trabajos preparatorios (proyectos, exposición de motivos, mensajes, actas de las comisiones o de los debates parlamentarios).<sup>451</sup> Así pues, acudiendo a éste método de interpretación histórico, el verdadero significado de la expresión contenida en el artículo 11 del Código Penal y consistente en la necesaria *lesión o puesta en peligro efectivo de un bien jurídicamente tutelado* como requisito del juicio de responsabilidad, alude exclusivamente a la definición de **imputación objetiva y NO a uno de los elementos de la antijuridicidad** como subsiguiente categoría dogmática configurativa del delito. Precisamente, en la exposición de motivos publicada en la Gaceta del Congreso N° 189 el 6 de agosto de 1998 se dice que la expresión contenida en el artículo 9 del Código Penal atinente a la “imputación jurídica del resultado” no sería otra cosa que “*la puesta en peligro o lesión del bien jurídico-, observando que el mismo es un proceso jurídico y no naturalista*”<sup>452</sup>, por lo cual se deduce sin mayores dificultades que aun cuando el artículo 11 denomine al requisito de “dañosidad” como “antijuridicidad” lo cierto es que en realidad tal aspecto, conforme al legislador, sería el contenido mismo de la imputación objetiva del comportamiento.

Igualmente, en la *Ponencia para primer debate al proyecto de ley número 040 de 1998 realizada en el senado* y publicada en la Gaceta del Congreso N° 280 del 20 de noviembre de 1998, se manifestó por parte del legislador que siguiendo los parámetros de la Corte Constitucional la *antijuridicidad material* no debía ser entendida como una categoría dogmática o escalón del delito, sino como una expresión equivalente al principio de lesividad<sup>453</sup>. En consecuencia, desde esa perspectiva, el artículo 11 no debiera ser entendido como la descripción de los requisitos que habría de tener la *antijuridicidad* considerada el segundo o tercer elemento estructurador del delito y posterior de la tipicidad, sino únicamente como la enunciación del contenido material del principio de lesividad que, permite comprender que el “daño” es un requisito necesario para la creación de riesgos jurídicamente desaprobados exigidos a su vez para la afirmación de la

---

451 HURTADO, José. A propósito de la interpretación de la ley penal. En: Revista Nuevo Foro Penal, Editorial Temis, 1992, no. 57, p. 338.

452 LÓPEZ MORALES, Jairo. Antecedentes del nuevo Código Penal. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2000. p. 17.

453 *Ibid.*, p. 171.

imputación objetiva cuya ubicación exclusiva se presenta en sede de tipicidad objetiva y no de antijuridicidad.

Finalmente, analizando la *Ponencia para primer debate y pliego de modificaciones del proyecto de ley 238 de 1999 Cámara, 40 de 1998 Senado* y publicada en la Gaceta del Congreso N° 432 del 11 de noviembre de 1999, se observa que la definición de la “antijuridicidad” como categoría dogmática subsiguiente de la tipicidad es, únicamente, “la verificación de que el individuo no actuó amparado por una causal de justificación”<sup>454</sup>, razón por la cual la lesividad del comportamiento no haría parte de la antijuridicidad, sino del juicio de tipicidad como elemento integrante del tipo penal, a pesar de la aparente conclusión contraria que podría extraerse de una lectura aislada y exegética del artículo 11 del CP.

Por ende, como a partir del *método histórico* es claro que la *lesividad* es uno de los componentes de la *imputación objetiva* y no de la antijuridicidad, nos restaría establecer, mediante la utilización del precedente constitucional, si la imputación objetiva hace parte del tipo penal objetivo o no. Para ello, vemos que la sentencia C-115 de 2008 cuando estudio el homicidio culposo aseguró que la nueva visión de atribución de comportamiento adoptaba por el legislador para definir los tipos penales era la imputación objetiva “según la cual un hecho causado por el agente le es jurídicamente atribuible a él si con su comportamiento ha creado un peligro para el objeto de la acción no abarcado por el riesgo permitido y dicho peligro se realiza en el resultado concreto.”<sup>455</sup> Así mismo, en la sentencia SU-1184 de 2001 la Corte Constitucional utilizó la teoría de la imputación objetiva como elemento integrante del tipo penal para solucionar una acción de tutela en la cual se debatía la competencia para conocer de un hecho omisivo ocurrido en la masacre de Mapiripán<sup>456</sup>.

---

454 Ibid., p. 606.

455 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no. C-115 de 2008, 13 de febrero de 2008. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

456 En el año 1997 en Mapiripán, municipio del departamento de Meta aproximadamente 200 personas fueron víctimas de grupos paramilitares. Luego de llevar el caso a la Corte interamericana por la falta de acción por parte del Estado a esta situación, La Corte interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado en el 2005 por colaboración al Estado colombiano a los integrantes del grupo paramilitar y al Ejército colombiano en el desarrollo de la masacre.

En ese orden de ideas, es claro que desde la jurisprudencia constitucional la *imputación objetiva* es un elemento estructural del tipo penal objetivo y no de la antijuridicidad. Ahora se examina el punto de vista de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Teniendo como punto de partida de la presente investigación, la sentencia 12742 del 04 de abril de 2003 se construirá la línea jurisprudencial que en torno a los criterios de imputación objetiva se ha llevado a cabo hasta el tercer trimestre de año 2017, cuya última sentencia sobre el tema fue la de radicado número SP9308-2017. Así las cosas, la doctrina probable respecto de la estructura o criterios de imputación objetiva que se haya llevado a cabo por la Alta Corporación y cómo ésta ha ubicado dicho requisito configurativo del delito en sede de la tipicidad objetiva.

**Primera línea jurisprudencial:** En lo relativo a los criterios de imputación objetiva la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, consideró que dicha perspectiva teórica poseía, más que niveles de atribución, una serie de requisitos cuya concurrencia indispensable permitía predicar la imputación jurídica de un resultado. Para esos momentos, la Corte aún no se había familiarizado con los niveles escalonados y jerarquizados del juicio de imputación, y por ello resultaba altamente nuboso entender de qué forma se estructuraba en su pensamiento dicha teoría.

Así mismo, existió una tendencia muy marcada a seguir a Claus ROXIN en cuanto al hecho de condensar la fórmula de atribución normativa en la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y su posterior realización en el resultado lesivo de bienes jurídicos. Sin embargo, y pese a ese inicial trasegar por los valles del funcionalismo moderado vemos como en otras decisiones aparecen combinaciones indiscriminadas con el pensamiento de JAKOBS en lo atinente a la configuración de instituciones precisas de la Imputación Objetiva, como por ejemplo el principio de confianza, que llevan a fundamentaciones poco claras sobre el tema y a veces un tanto incoherentes.

En tal sentido, se muestra a continuación, y luego de haber sistematizado las sentencias que estructuran la presente línea, los criterios de imputación que manejó la Corte Suprema de Justicia en esta primera postura teórico-jurisprudencial:

Se tiene pues que “*la imputación jurídica -u objetiva- existe si*”<sup>457</sup>:

1. El autor despliega una actividad riesgosa con su comportamiento<sup>458</sup>
2. La actividad del agente va más allá del riesgo jurídicamente permitido o aprobado, con lo cual entra al terreno de lo jurídicamente desaprobado<sup>459</sup>.
3. Su comportamiento riesgoso produce un resultado lesivo<sup>460</sup>
4. Existe un vínculo causal entre los tres factores<sup>461</sup> y
5. Existe una posición de garantía<sup>462</sup> conforme a la cual hay el deber jurídico de impedir el resultado acaecido.

Esta primera línea respecto a los criterios de imputación se edifica mediante la sentencia 16636 del año 2003, reiterándose las anteriores “reglas de derecho” para predicar la “existencia de la imputación” en sentencias: 20926(27-10-04), 21241(24-11-04), 22511(11-05-05) y 22941(20-04-06).

**Segunda línea jurisprudencial:** Se ha decidido llamar “segunda línea jurisprudencial” al conjunto de precedentes (bajo la metodología de doctrina probable) que la Corte Suprema de Justicia ha elaborado a partir del año 2007 hasta la actualidad en torno a los criterios de imputación objetiva. Así mismo, se incluyen precedentes más antiguos para especificar el contenido y alcance de instituciones propias de esta teoría como la “prohibición de regreso” o las “acciones a propio riesgo”.

*Características de los criterios de imputación:* Los criterios de imputación objetiva edificados por la Corte Suprema de Justicia, en cada uno de sus niveles, tienen como características las siguientes:

---

457 COLOMBIA. CSJ. SCP, ssentencia, no. 16636, 20 de mayo de 2003. M.P.: Álvaro Pérez Pinzón.

458 Ibid.

459 Ibid.

460 Ibid.

461 Ibid.

462 Ibid; y COLOMBIA. CSJ. SCP. sentencia 12742, 04 de abril de 2003. M.P.: Álvaro Pérez Pinzón. En: Revista Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá: No. 378, (junio de 2003); p. 1927.

- I. Son “escalonados”: por lo tanto, el operador jurídico habrá de seguir ordenadamente los niveles requeridos de imputación, sin que pueda variar el orden en que se enuncian ya que la naturaleza de los mismos hace que su organización se base en la lógica deductiva que parte desde lo más general hasta lo más específico.
- II. Son “necesarios”: razón que justifica la imposibilidad del intérprete de apartarse de alguno de ellos o saltarse el estudio de cualquier nivel de imputación por cuando sólo la estructuración completa de los criterios de atribución normativa es lo que permite la afirmación de tipicidad del comportamiento.
- III. Son “generales”: ya que aplican a la totalidad de los delitos contemplados en nuestro ordenamiento jurídico penal, aunque con las particularidades y la aplicación del principio *mutatis mutandi* respecto de las conductas punibles de omisión impropia y las imprudentes.
- IV. Son “normativos”: por cuanto su estructura, contenido y alcance parten de una esencia netamente jurídica apoyada en conceptos propios de la totalidad del ordenamiento jurídico-legal y constitucional.
- V. Son “objetivos”: habida cuenta que el operador jurídico cuando los analiza en el caso concreto, debe dejar de lado elementos subjetivos propios de la tipicidad subjetiva (conocimiento, voluntad, previsibilidad, etc.) o de la imputación personal, llamada también culpabilidad, (consciencia de la ilicitud, imputabilidad del sujeto o exigibilidad de otra conducta), para examinarlos únicamente desde el ámbito normativo estudiando tan solo la conducta y el resultado con independencia de la esfera psicológica del sujeto para el momento de ejecución del comportamiento.
- VI. Son “complementarios”: ya que la afirmación efectiva de la “imputación jurídica del resultado” no implica *per se* y por sí sola la responsabilidad del sujeto agente, ya que, si bien dichos criterios son necesarios para el juicio de aseveración de la conducta punible, ésta última sólo se configurará cuando sea verificada la completa estructuración de la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la ausencia de causales exoneradoras de responsabilidad.

*Criterios de imputación objetiva:* Al respecto se encontró una gran dificultad para sistematizarlos por cuanto se logró evidenciar una profunda disparidad de criterios por parte de la Corte Suprema de Justicia en su enunciación, ya que por ejemplo, y éste es sólo uno de tantos, la causalidad a veces aparece incluida dentro de la imputación<sup>463</sup>, en otras oportunidades es ubicada como presupuesto de la misma pero independientemente de los niveles de atribución objetiva<sup>464</sup> y la más de las veces equiparada con uno de los criterios de imputación denominado la “realización del riesgo en el resultado”<sup>465</sup>, como si de alguna manera la causalidad se encontrara ínsita esencialmente a éste.

Sin embargo, y en aras de la mayor claridad conceptual posible, se han sistematizado los criterios de imputación objetiva construidos por la jurisprudencia colombiana de la siguiente manera<sup>466</sup>: a) Primer nivel de imputación: creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y b) Segundo nivel de imputación: realización del riesgo en el resultado. A esta conclusión se llega luego de evidenciar el siguiente análisis efectuado por la Corte al respecto:

(...) el juez, **en primer lugar**, debe valorar si la persona creó un riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva ex ante, es decir, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente situado en la posición del autor, a lo que habrá de sumársele los conocimientos especiales de este último, el hecho sería o no adecuado para producir el resultado típico<sup>467</sup>.

---

463 COLOMBIA. CSJ SCP, sentencia, no. 21241, 24 de noviembre de 2004. M.P.: Mauro Solarte Portilla. En: Revista Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá: No. 397, (enero de 2005); p. 40.

464 COLOMBIA. CSJ SCP, sentencia, no. 23157, 230 de mayo de 2007. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

465 COLOMBIA. CSJ SCP, sentencia, no. 24557, 17 de octubre de 2007. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

466 Se aclara que la Corte Suprema de Justicia es poco clara en cuanto a sus criterios de imputación, siendo muy itinerante la ubicación que le otorga a conceptos tales como “infracción al deber objetivo de cuidado”, “causalidad”, “posición de garante”, “relación de riesgo”, “resultado”, entre otros. Inclusive mediante sentencia 36082 (25-01-12), reiterando otras providencias, expresó que los criterios de imputación objetiva se daban en tres niveles ya que su existencia puede afirmarse cuando “con su comportamiento el autor despliega una actividad riesgosa; va más allá del riesgo jurídicamente permitido o aprobado, con lo cual entra al terreno de lo jurídicamente desaprobado; y produce un resultado lesivo, siempre que exista vínculo causal entre los tres factores”. No obstante, analizando la jurisprudencia en su conjunto hemos concluido que la posición más reiterada implica comprender la imputación objetiva en dos grandes niveles de afirmación.

467 Molina Fernández, Fernando, Antijuricidad penal y sistema de delito, J. M. Bosch, Barcelona, 2001. p. 378.

**En segundo lugar**, el funcionario tiene que valorar si ese peligro se realizó en el resultado, teniendo en cuenta todas las circunstancias conocidas *ex post*.<sup>468</sup>

Este pensamiento de la Corte, como “regla de derecho”, lo vemos reiterado en las siguientes sentencias: 26513(05-11-07), 27357(22-05-08), 36554(09-08-11), 34317(28-09-11), 37327(08-11-11) y 33920(11-04-12). Sin embargo resulta importante aclarar que tales “niveles de imputación” aun cuando en la sentencia fundadora de línea – 23157(30-05-07), se aplicaron para un delito culposo, ello no implica que tales grupos de criterios sean diferentes para las conductas punibles dolosas (aunque obviamente cada forma de tipicidad subjetiva tendrá sus particularidades) ya que en sentencia 31362 (13-05-09), por dar un ejemplo, los aplicó de manera genérica, y dentro del desarrollo de un caso cuyo delito es eminentemente doloso<sup>469</sup>:

En segundo lugar, si como tantas veces lo ha señalado la Sala,<sup>470</sup> la teoría de la imputación objetiva parte de la base de que puede atribuirse determinado tipo al autor de una conducta al valorar *ex ante* (es decir, según las condiciones de un observador inteligente situado en la posición del autor) la creación por parte del sujeto agente de un riesgo no permitido o jurídicamente desaprobado para el bien jurídico, y al valorar *ex post* (o sea, teniendo en cuenta todas las circunstancias a la postre conocidas) la realización de ese peligro en el resultado, no hay duda de que ello también comprende una apreciación, que igualmente tendrá que efectuarse *ex post*<sup>471</sup>, acerca de la lesividad de dicho resultado en directa relación con lo que es materia de protección por parte del legislador.

**¿Tercera línea jurisprudencial?:** De forma más reciente tenemos que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal ha expuesto similares criterios de

---

468 COLOMBIA. CSJ. SCP, sentencia, no. 27388, 08 de noviembre de 2007. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

469 COLOMBIA. ARTÍCULO 21 y 271 del Código Penal.

470 Entre otras, COLOMBIA. CSJ. SCP, sentencia, no. 27388, 08 de noviembre de 2007. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca; COLOMBIA. CSJ. SCP, sentencia, no. 27388, 08 de noviembre de 2007. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

471 Al respecto, BUSTOS, Ramírez y HORMAZÁBAL, Malarée, Op., cit. p. 89-92; aunque sitúan el juicio acerca del desvalor del resultado en sede de la antijuridicidad.

imputación objetiva, asegurando que **ésta hace parte del tipo penal** en los siguientes términos (aunque en claro regreso a la posición original de ROXIN):

Al respecto, debe acotarse que para la teoría de la imputación objetiva, la determinación de la tipicidad en los delitos de resultado se sirve de criterios objetivos, que, valga señalar, no tienen que ver con la finalidad o con el dolo del autor, y se sirve de la siguiente estructura: la relación de causalidad entre una persona y el resultado; el nexo de determinación; la creación de un riesgo o peligro no permitido; la realización en el resultado del riesgo no permitido; y, el alcance del tipo o fin de protección del tipo penal.

La creación del riesgo jurídicamente desaprobado, hacia donde dirige su interés el demandante, es un elemento general del injusto que, aunque fue desarrollado en principio para el delito imprudente, se le ha venido asignando una importante función en los delitos dolosos en relación con el ámbito de protección de la norma, no tanto en la delimitación de la responsabilidad por la causalidad, como sí en el propósito de limitar los excesos de responsabilidad penal. En concreto, se significa que en relación con el tipo penal no es suficiente con el dato ontológico consistente en que la conducta del acusado haya lesionado o puesto en peligro los bienes jurídicos tutelados, pues se requiere, además, de un requisito axiológico, esto es, que el peligro se encuentre desaprobado por el ordenamiento jurídico.<sup>472</sup>

Entonces en este caso la Sala de Casación Penal ya no habla de dos criterios de imputación objetiva sino de 4 de ellos: (1) la causalidad; (2i) la creación de riesgos jurídicamente desaprobados; (3) la realización de dichos riesgos en el resultado; y (4) que el resultado esté cobijado por el alcance del tipo penal.

Sin embargo, y pese a lo cambiante que pueda ser la jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia en cuanto al *número* de elementos que se necesitan para

---

472 COLOMBIA. CSJ. SCP. SP153-2017.

imputar objetivamente un resultado es constante en tres aspectos que, en el presente acápite, son los que interesan:

- *Primero* la ubicación de la imputación objetiva en el tipo penal.
- *Segundo* la necesidad de exigir la imputación objetiva para la afirmación de todo juicio de responsabilidad.
- *Tercero* la “creación de riesgos jurídicamente” desaprobados como elemento configurativo de la imputación objetiva lo cual, debe necesariamente ser asociado con la *lesividad* del comportamiento.

Así las cosas, es posible concluir que cuatro tesis encontrarían aplicación inmediata en el actual ordenamiento jurídico colombiano, teniendo en cuenta que son compatibles con el espíritu del legislador que forjó el Código Penal y con el precedente jurisprudencial tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal<sup>473</sup>.

---

473 Lo expuesto no desconoce la variada posición que particularmente sobre la *lesividad* ha tenido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sin embargo, resaltamos el siguiente aparato jurisprudencial: “Sin perjuicio de que también pueda contemplarse como un problema atinente a la antijuridicidad de la acción, o como causal de ausencia de responsabilidad en el injusto, o incluso como un principio general de interpretación que impide la configuración de la conducta punible sin tener que profundizar en las categorías dogmáticas del delito, la ausencia de significativa lesión o puesta en peligro del bien jurídico es un asunto que en un principio sería atinente a la tipicidad en el evento de aceptar teorías como la adecuación social y la imputación objetiva del resultado. (...) Ahora bien, aunque en el ordenamiento jurídico colombiano el principio de lesividad se consagró en el artículo 11 del Código Penal, que también se refiere a la categoría de la antijuridicidad, ello de ninguna manera desautoriza la opinión, por lo demás dominante en la literatura especializada, de que la afectación irrelevante del bien jurídico pueda constituirse como causal de exclusión de la tipicidad.” Lo anterior, por cuanto el legislador, tal como se advierte de un análisis sistemático de la parte general de la ley 599 de 2000, dejó abierta la posibilidad de aplicar distintos esquemas del delito en la solución de los casos, e incluso, mediante el inciso 1° del artículo 9 del referido código, dio paso a los criterios de la imputación objetiva del resultado como principio rector en materia jurídico penal. COLOMBIA. CSJ-SCP, sentencia no. 31362, 13 de mayo de 2009. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

## 2.2 CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE DEMOSTRAR LAS HIPÓTESIS PARA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL COLOMBIANO

Gracias a la demostración de la tesis conforme a la cual *toda ausencia de lesividad genera atipicidad objetiva del comportamiento por falta de imputación objetiva* es posible concluir lo siguiente:

- I. Que se viabiliza la aplicación del “archivo de las diligencias” por estos eventos dado que la falta de lesividad se enmarcaría dentro del parámetro estricto de tipicidad objetiva que exigió la Corte Constitucional en sentencia C-1154 de 2005 para configurar dicha institución jurídica.
- II. Que se soluciona el problema de la causal aplicable en torno a la preclusión, dado que de manera indubitable se optaría por la causal 4 del artículo 332, según la cual esta procede en los casos de “*atipicidad del hecho investigado*”; superándose así la dificultad que existe a la hora de emplear la preclusión en los casos carentes de lesividad por la tesis tradicional que defiende la calificación de estos hechos como típicos pero no materialmente antijurídicos, dado que en el Código de Procedimiento Penal no existe sobreseimiento por ausencia de antijuridicidad.
- III. Se podría excluir definitivamente la aplicación del *principio de oportunidad* para casos socialmente adecuados, insignificantes o inofensivos por cuanto dicha figura aplicaría según los artículos 322 y 323 del CPP únicamente (y a diferencia de la preclusión) para aquellos autores y partícipes de “*hechos que revistan las características de una conducta punible*”, siendo una conducta punible acorde el artículo 9 del CP toda acción u omisión **típica**, antijurídica y culpable, faltando justamente la tipicidad cuando el comportamiento investigado carece de lesividad. En consecuencia, mientras que la *preclusión* aplicaría para casos en los que **no existe un delito** o es imposible su demostración, el *principio de oportunidad* sería aplicable para toda hipótesis fáctica en la cual **sí haya existido una verdadera conducta punible**. Por lo tanto, de cierta forma, la preclusión sería un derecho del procesado y una obligación de la Fiscalía General de la Nación si tomamos en consideración el artículo 250 de la Constitución Política, mientras que el principio de

oportunidad, por el contrario, constituiría en esencia un regalo, un obsequio y en general nada más que una potestad del ente acusador aplicable según las directrices de política criminal que estén operando en un momento determinado.

- IV. A partir de lo expuesto, toda teoría del caso defensiva que pretendiera sustentar su tesis en cualquiera de las hipótesis de falta de lesividad tendría que invocar como razón jurídica para la solicitud de inocencia la *atipicidad del comportamiento* lo que le relevaría la carga de argumentar las restantes categorías del delito.
- V. No procedería la captura en flagrancia ni la imposición de medida de aseguramiento y mucho menos los preacuerdos y los allanamientos a cargos por casos de bagatela, inofensivos y socialmente adecuados dado que ambas instituciones jurídico procesales son aplicables tan solo cuando existen delitos y queda claro, conforme esta tesis, que todas esas hipótesis son *atípicas* por ausencia de lesividad y falta de imputación objetiva del comportamiento.
- VI. Finalmente, las tesis que aquí se ha demostrado tendría un efecto importante en la teoría del error según pasa a explicarse: actualmente es posible diferenciar dos clases de error en el Código Penal Colombiano, el *error de tipo* (regulado en el artículo 32 numeral 10 de la ley 599 de 2000) y el *error de prohibición* (contemplado en el numeral 11 de la misma disposición). El *error de tipo* se configura por el desconocimiento que el sujeto activo tiene de los *hechos* adecuables a las hipótesis fácticas o valorativas que describe el tipo penal objetivo. De esta manera, se desconoce, por ejemplo, que la cosa mueble de la cual se apodera pertenece a otra persona al ser idéntica a la propia se presentaría un *error de tipo* sobre un acontecer del mundo empírico, subsumible en uno de los elementos del tipo penal objetivo de hurto y consistente en el *objeto material* y los *componentes descriptivos* que lo definen. Igualmente, si por ejemplo un juez al proferir una decisión pensara equivocadamente que su providencia se encontraba ajustada al ordenamiento jurídico que le sirvió de base, el sujeto activo del tipo penal de prevaricato habría actuado en un *error de tipo*, pero dicho error versaría sobre uno de los *hechos valorativos* adecuables al tipo penal objetivo de prevaricato y atinente al elemento de “*manifiestamente contrario*

a la ley". Por último, otra modalidad de *error de tipo* (muy discutido en la doctrina y que será ampliamente debatido en el capítulo III de la presente investigación) es el EPOCAR: el *error sobre los presupuestos objetivos de una causal de ausencia de responsabilidad*. Conforme esta última modalidad de error de tipo (considerada por otros, en realidad, un error de prohibición indirecto) no habrá lugar a responsabilidad penal si de manera invencible el sujeto cree desafortunadamente que están ocurriendo unos hechos cuya realidad es inexistente, pero que si en verdad hubiesen ocurrido se habría hecho posible la aplicación de una causal de ausencia de responsabilidad por ser ellos los presupuestos objetivos de la eximente putativa.

A su vez, el *error de tipo* puede ser vencible e invencible. Al respecto operan las siguientes reglas:

Si se trata de un error de tipo invencible no hay responsabilidad penal de ninguna clase porque se elimina completamente el tipo subjetivo. Si el error es vencible se responde solamente si llegare a existir un tipo penal culposo que sea idéntico al doloso; es decir, si el Código Penal ha establecido una modalidad culposa para la conducta desplegada por el agente. En caso contrario, no habrá responsabilidad por atipicidad subjetiva al faltar el dolo.

Contrario a lo expuesto, sería el *error de prohibición* definido como la errada valoración jurídica de hechos plenamente conocidos. En otras palabras: es conocer los hechos adecuables al tipo objetivo, pero desconocer que la ejecución de los mismos estaba penalmente prohibida. Así mismo, y a diferencia del *error de tipo invencible* o *vencible* (en donde no exista el delito culposo) generador *atipicidad subjetiva*, vemos que el *error de prohibición invencible* es una eximente que afecta la *culpabilidad* o *juicio de reproche* del autor del delito por eliminar uno de sus elementos: la conciencia de lo ilícito. Del mismo modo el *error de prohibición* en los casos en que sea vencible *siempre* conlleva responsabilidad penal, pero sustancialmente atenuada por mandato expreso del legislador.

En consecuencia, enlazando lo anterior con las tesis demostradas en el presente capítulo los **efectos de ellas** sobre la teoría del error son los siguientes:

**Primero:** Cualquier desconocimiento sobre los hechos adecuables a la *lesividad del comportamiento* generará una ausencia de responsabilidad por error de tipo respecto al delito investigado en caso de que fuera invencible o aun siendo vencible no existiera modalidad culposa para el mismo. De esta manera, y a modo de ejemplo, si una persona hurtara un confite en un supermercado pensando que en efecto lo era porque tan solo quería comérselo, pero que resultó ser una preciada joya con forma de dulce de leche cuyo valor era tan grande que, si se hubiera perdido efectivamente, habría llevado a la desestabilización económica de la sucursal, no podría ser calificando simplemente como una *acción insignificante*. Sin embargo, dado que el sujeto activo pensó que en verdad se trataba de un simple chocolate podría predicarse un error de tipo, cuyo desconocimiento habría recaído sobre uno de los hechos adecuables al juicio de imputación objetiva y consistente en la *lesividad del comportamiento*, razón por la cual su actuar habría sido *atípico subjetivamente* por falta de dolo.

Nótese que, si la lesividad se ubicara en un estadio posterior a la tipicidad objetiva, por ejemplo, en la antijuridicidad, no podría solucionarse satisfactoriamente este caso bajo la teoría del error de tipo, dado que tal eximente de responsabilidad sería examinada al estudiarse el dolo, y el dolo (como tipo subjetivo) estaría esquemáticamente ubicada antes del juicio de antijuridicidad, lo que permite afirmar que una tesis como la aquí demostrada, respecto a las otras, sería superior en lo atinente a la coherencia y la ausencia de contradicción que ella representa con relación a todo el sistema penal analizado en su conjunto.

**Segundo:** Una de las formas de *error de prohibición indirecto* consiste en equivocarse acerca de los límites de una causal de ausencia de responsabilidad. Verbigracia el caso del acreedor que luego de perder por las vías legales su litigio, considera justificado tomar con violencia la cartera de su deudor. Otro ejemplo es el de quien desborda una legítima defensa por considerar que puede hacerlo. En ese orden de ideas, se tendría que si imagináramos un caso en

el cual una persona de las que se formó desde niño en la ciudad de Cúcuta donde la venta ilegal de gasolina era completamente permitida (y, por ende, socialmente adecuada) hubiese decidido desplazarse hasta la ciudad de Bogotá a vender también gasolina de contrabando pensando, por su analfabetismo y bajo nivel cultural, además del contexto en que fue educado, que en toda Colombia ello estaba permitido, se tendría que concluir respecto al tipo penal de *favorecimiento del contrabando de hidrocarburos* un *error de prohibición indirecto*, porque se habría equivocado en los límites de la *adecuación social* como ausencia de responsabilidad constitutiva de la *ausencia de lesividad del comportamiento*. No puede perderse de vista que en casos como este, uno de los límites de la adecuación social es el “contexto espacial y regional” en el que se realiza la práctica tradicional y que, por ende, aunque la venta de hidrocarburos de contrabando efectuada en Cúcuta por los Pimpineros era tolerada por el Estado y aceptada por la sociedad, ello no implicaba que pudiera ser practicada en todas partes del país. Sin embargo, al no ser tales circunstancias conocidas por el protagonista de nuestra historia aun cuando no operase sobre él la atipicidad objetiva del comportamiento, sí sería posible aplicar la *ausencia de culpabilidad* por desconocimiento invencible de la ilicitud de su conducta. En otras palabras: gracias a la tesis aquí demostrada también es posible *aplicar el error de prohibición indirecto* cuando el sujeto activo se equivoca de forma invencible en los límites trazados y existentes respecto a las distintas posibilidades de *ausencia de lesividad de la conducta*.



## CAPÍTULO III

### CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN COMO CRITERIOS NEGATIVOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA. Ampliación del concepto de Riesgo Permitido.

#### 3.1 SIGNIFICADO, ALCANCE Y ESTRUCTURA DE LAS CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN A NIVEL GENERAL Y EN PARTICULAR

##### 3.1.1 Precisiones iniciales: antijuridicidad formal, material e injusto penal

Tradicionalmente y casi de forma unánime las *causales de justificación* se han considerado eventos negativos de la antijuridicidad, entendida ella como tercer elemento del delito. Sin embargo, dicha categoría dogmática, al igual que vimos sucedía con la *lesividad*, ha tenido gran multiplicidad de significados tornándose en un concepto vago y ambiguo la mayoría de las veces. Esto hace necesario que se comience la construcción del presente acápite clarificando las distintas acepciones y funciones que la dogmática jurídico-penal ha elaborado en torno a la *antijuridicidad formal* y la *antijuridicidad material*, dada la íntima relación que tienen con las causales de justificación mencionadas:

- Así pues, para un sector doctrinal<sup>474</sup> la palabra *antijuridicidad*, a secas, designa la tercera categoría del delito encargada de describir una acción típica que a su vez se encuentra “prohibida” por el ordenamiento jurídico.

---

474 Por ejemplo: ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general. Tomo I. 1ª ed. Madrid: Civitas, S.A. p. 558 y ss.

En consecuencia, desde esta perspectiva, la *antijuridicidad formal* no sería un elemento o parte integrante de la tercera categoría dogmática del delito sino tan solo una expresión con la cual se representa o caracteriza una acción típica que a su vez contraviene un mandato legal; es otras palabras, la enunciación lingüística de la simple oposición entre la conducta desplegada por el autor y una prohibición jurídica determinada. No obstante, como la configuración de un delito no puede ser únicamente la fría descripción de esa mera formalidad, el injusto (es decir, la acción típica y antijurídica) debe ser enriquecido mediante un principio: la *antijuridicidad material*. Para esta vertiente teórica del Derecho Penal, entonces, la *antijuridicidad material* (que como se ve tampoco es una categoría dogmática de la conducta punible, ni una estructura configurativa del tercer elemento del delito sino un principio) tiene esencialmente tres funciones que la sola *antijuridicidad formal* es incapaz de cumplir: (1) permite graduar el injusto penal para efectos de modificar la pena o excluir la responsabilidad penal; (2) proporciona criterios adicionales para la interpretación de los tipos penales y la correcta aplicación de la teoría del error; y (3) es útil para desarrollar y determinar el contenido de las causales de justificación.

- Otra postura doctrinal<sup>475</sup> considera que la *antijuridicidad formal* y la *antijuridicidad material* es la manera como se divide la tercera categoría dogmática del delito considerándolas a ellas los dos “elementos” o “requisitos” necesarios para la configuración total de la antijuridicidad. De esta forma, así como el tipo penal objetivo suele estar integrado por un sujeto activo y pasivo, un verbo rector que describe la conducta, un objeto material, un resultado, etc., la “antijuridicidad” estaría integrada exclusivamente por dos elementos: (1) la “antijuridicidad formal” o mera contradicción entre los hechos y la prohibición jurídico penal producida

---

475 PEÑA GONZÁLEZ, Oscar y ALMANZA ALTAMIRANO, Frank. Teoría del Delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso. Perú: APECC, 2010. p. 186; SAMPEDRO ARRUBLA, Camilo. Lección 19: La antijuridicidad. En: URBANO, José Joaquín, Et al. Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. p. 333. Una curiosa variante de esta postura la tienen BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Et al.* Curso de Derecho Penal Parte General. Barcelona: Ediciones Experiencia S.L., 2004. p. 193 y ss, dado que consideran la *antijuridicidad formal* la suma de “tipicidad” + “ausencia de causales de justificación”, mientras que a la *antijuridicidad material* la asocian con la *doctrina dualista del injusto* entendiéndola como la suma del “desvalor de la acción” + el “desvalor del resultado” cuya vinculación se realiza mediante la “teoría de la imputación objetiva”.

por la *ausencia de causales de justificación*, y (2) la “antijuridicidad material” o lesión efectiva de bienes jurídicos. A continuación, se grafica lo expuesto:

**Tabla 7.** Elementos estructurales del delito y sus componentes.

Acción	Tipo penal	Antijuridicidad
Elementos: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Hecho humano</li> <li>• Voluntario</li> </ul>	Elementos: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Sujeto activo</li> <li>• Sujeto pasivo</li> <li>• Conducta</li> <li>• Resultado</li> <li>• Etc.</li> </ul>	Elementos o clases de antijuridicidad: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Antijuridicidad formal (ausencia de causales de justificación)</li> <li>• Antijuridicidad material</li> </ul>

Fuente: propia.

- En cambio, otra línea teórica<sup>476</sup> considera que la *antijuridicidad formal* es la expresión a través de la cual se engloba o encierra una conducta típica, mientras que la *antijuridicidad material*, sería esa misma conducta típica pero que no se encuentra amparada por una causal de justificación. Esquemáticamente:

**Tabla 8.** Relación entre antijuridicidad formal y material.

Antijuridicidad Formal	Antijuridicidad Material
Acción + Tipicidad (Acción típica)	Ausencia de causales de justificación

Fuente: propia.

- Finalmente, existe una posición que niega toda posibilidad de distinguir entre *antijuridicidad formal* y *material* alegando que la “antijuridicidad” es una sola y que por ende dicha diversificación solamente trae confusión y es además innecesaria<sup>477</sup>.

476 Por ejemplo: MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962. p. 357.

477 Citados por ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Op. Cit. P. 560, pie de página 9: “Sobre todo, LK-Hirsch, antes del § 32, nm. 12 ss.; Sch/Sch/Lenckner, antes del §13, nm. 50; Bockelmann/Volk, AT, § 15 A III.”

Lastimosamente, tanta diversidad y a veces nubosidad conceptual no ha estado presente únicamente en la “antijuridicidad” como tercer elemento del delito, sino que también se ha trasladado hasta la expresión *injusto* del cual se ha considerado lo siguiente:

- Una macro-categoría del esquema del delito a la que denominan *injusto penal*, *antijuridicidad* o *ilícito penal* compuesta por la suma de dos categorías más: (1) La *tipicidad* y (2) La *antijuridicidad* en sentido estricto o ausencia de causales de justificación<sup>478</sup>.
- Así mismo, encontramos una visión en la cual la sistemática o esquema del delito se basa en dos juicios: un *juicio de antijuridicidad* y un *juicio de culpabilidad*. Esto por cuanto se abandona la bipartición entre *antijuridicidad formal* y *material*, adoptando un concepto único (*juicio de antijuridicidad*) en el cual se verifica la *acción típicamente antijurídica*, donde el “tipo penal” pasa a ser considerado un *tipo de injusto* por cuanto ya no será valorativamente neutro, sino que siempre comportará una desvalorización jurídico-penal de la conducta descrita en él<sup>479</sup>. Valga aquí aclarar que el término *injusto* en su versión original al interior del *esquema neoclásico* fue definido y comprendido de dos formas diferentes según dos vertientes teóricas surgidas al interior del mismo: (1) la *versión radical* de FRANK, MERKEL, HEGLER y WOLF para quienes el “injusto” era la completa fusión de la tipicidad y la antijuridicidad “declarando que el tipo es ante todo ‘antijuridicidad tipificada’, en el que las causas de justificación actúan como elementos negativos del tipo: una conducta es típicamente antijurídica, a condición de que no esté justificada, y, en caso de estarlo, desaparece el injusto típico, vale decir, al propio tiempo la antijuridicidad y la tipicidad.”<sup>480</sup>; y (2) la *versión moderada*

---

478 Así: MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, MARTÍN LORENZO, María & MARISCAL DE GANTE, Margarita Valle. *Derecho Penal. Introducción. Teoría del Delito. Materiales para su docencia y aprendizaje*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2012, p. 81. Esta sería similar a la opinión de ROXIN para quien sencillamente el “injusto” o “tipo global” es entendido como la suma de las tradicionales *tipicidad* y *antijuridicidad* separadas sistemáticamente, pero unidas para conformar aquél. (Cfr. *Derecho Penal, parte general*. Op. Cit. P. 287)

479 COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho Penal, Parte General*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 1999. p. 293 y ss

480 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal Fundamental 1*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2007. p.497.

de MEZGER<sup>481</sup> quien consideró que el tipo penal era el fundamento del injusto; en otras palabras, que la tipicidad era la *ratio essendi* o razón de ser de la antijuridicidad, pero sin llegar a fusionar tales conceptos, por lo que la eliminación de la última seguía dejando intacta la tipicidad.

De allí se derivaron, al menos, tres corrientes teóricas del Derecho Penal a partir de las cuales se estableció un *orden lógico*<sup>482</sup> en el que se posicionó de distinta forma la antijuridicidad, según pasa a mostrarse: (1) una corriente similar a la versión de MEZGER que no acogió la teoría de los elementos negativos del tipo penal, pero sí la teoría del injusto en donde la *tipicidad es ratio essendi* de la antijuridicidad y que hoy en día es seguida por Claus ROXIN aunque bajo la variante propuesta por GALLAS y según la cual el tipo penal debe separarse sistemáticamente de la antijuridicidad porque aun cuando sea un *tipo de injusto* “no es idéntico al injusto: es (...) *ratio essendi* de la pertenencia del hecho al *typus de injusto*, pero en cambio sólo *ratio cognoscendi* de su antijuridicidad en el caso concreto”<sup>483</sup>, razón por la cual desde esta perspectiva el orden lógico sigue siendo: *injusto* [acción + tipicidad + antijuridicidad] y *culpabilidad*; (2) una corriente que mantuvo la teoría de los elementos negativos del tipo, vgr. GIMBERNAT ORDEIG<sup>484</sup>, desde la que se afirma que las causales de justificación hacen parte integral del tipo penal y que, por ende, la tipicidad implica *siempre* su antijuridicidad de tal forma que ante la concurrencia de legítima defensa, estado de necesidad justificante u otra circunstancia similar habrá de excluirse también la tipicidad del comportamiento. Así las cosas, el orden lógico de los elementos del delito, a partir de dicha perspectiva, sería: *tipo total de injusto* (= tipo positivo + tipo negativo<sup>485</sup>)<sup>486</sup> y *culpabilidad*. No obstante, es importante precisar que el *tipo total de injusto* sería algo así como una especie de *antijuridicidad penal*<sup>487</sup> al ser el producto de un proceso satisfactorio de adecuación típica sumado a la ausencia de toda clase de causales de

481 MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. p. 376.

482 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Op., cit. p. 60.

483 ROXIN. Op., cit. p. 288.

484 GIMBERNAT, Enrique. Estudios de Derecho Penal. 2ª ed. Madrid: Editorial Civita, 1981. p. 141, nota 32.

485 Compuesto por la *ausencia de las causales de justificación*.

486 Así: MIR PUIG, Santiago. Op., cit. p.556.

487 FERNÁNDEZ, Juan. Op., cit. p. 61.

justificación; y (3) por último, una postura derivada quizás de la teoría de los elementos negativos del tipo penal y que defendida por un amplio sector de la doctrina española, siguiendo al tratadista Juan FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, como “*Teoría de la precedencia lógica de la antijuridicidad con respecto al tipo*”<sup>488</sup> conforme a la cual al ser los tipos penales *siempre* tipos de injusto o, en otras palabras, antijuridicidad tipificada habría que estudiarse el “tipo penal” metodológicamente siguiendo este orden del cual se compone: “1) *antijuridicidad*, 2) *tipicidad objetiva* y 3) *tipicidad subjetiva*”<sup>489</sup>. Sin embargo, entre los distintos autores que se agrupan en esta línea teórica hay importantes diferencias, por ejemplo, MIR PUIG considera que el delito se encuentra compuesto por: una *antijuridicidad penal*<sup>490</sup> [que sería igual a la tipicidad penal (integrada por un comportamiento humano + la conducta típica en sus aspectos objetivo y subjetivo + sujetos + objetos) + la ausencia de causales de justificación] y una *imputación personal o culpabilidad*.

- Para otra vertiente doctrinal el *injusto* no es una categoría dogmática como tal, sino la “apreciación de un suceso”<sup>491</sup>, su caracterización o “el juicio definitivo de disvalor del ordenamiento jurídico sobre un hecho concreto”<sup>492</sup> producto de la comprobación satisfactoria de 2 elementos: la *tipicidad* de la conducta y la inexistencia de causales de justificación. Por supuesto, para este sector de la dogmática penal la expresión “injusto” es diferente de una similar denominada “tipo de injusto” que sería equiparable al de “tipo penal”.
- Por último, se encontró una posición<sup>493</sup> según la cual el *injusto* es la suma de la *tipicidad*, entendida como el producto de un *desvalor del acto* y un *desvalor situacional* que se expresa en los tipos penales mediante cada uno de sus elementos configurativos, más la *antijuridicidad*, integrada por un *desvalor del resultado* (o lesión al bien jurídicamente tutelado) y una *valoración de todo el ordenamiento jurídico* en busca de una causal de justificación.

---

488 Ibid., 65.

489 Ibid., p. 67.

490 MIR PUIG, Santiago. Op., cit. p. 138 y 158

491 WESSELS, Johannes. Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980. p. 37.

492 Ibid., p. 37.

493 BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Lecciones de derecho penal. Parte General. Madrid: Editorial Trotta, 2006. p. 244.

Desde esta perspectiva y con base en las conclusiones a las cuales se llegaron en los capítulos anteriores, se otorgan los siguientes significados a la terminología mencionada líneas atrás (salvo cuando se esté realizando la reconstrucción histórica): (1) la *conducta* no será considerada un elemento previo del juicio de tipicidad sino parte integral de éste, conformando así el *tipo objetivo* (en su fase externa) y el *tipo subjetivo* (en su fase interna) en donde se describen sus elementos generales<sup>494</sup> y particulares<sup>495</sup>; (2) el *tipo objetivo* y el *tipo subjetivo* conformarán, unidos, una macro categoría del delito llamada sencillamente *tipo penal* o *injusto*; (3) la *antijuridicidad*, que no integrará el *injusto* porque la presente investigación se basa precisamente en demostrar su innecesidad como elemento del delito posterior a la tipicidad, y será entendida exclusivamente como “ausencia de causales de justificación”, puesto que *la lesión a bienes jurídicos* o *lesividad* acorde el capítulo II fue integrada a la imputación objetiva como elemento del tipo penal; (4) la *tipicidad* se entenderá como el resultado positivo del *juicio de tipicidad objetiva* que estará compuesto por un *juicio de subsunción lógico* (o comparación entre el hecho y requisitos generales y particulares exigidos por el enunciado normativo en la parte especial del código), un *juicio de imputación fáctica* o *del hecho empírico* (que se satisface atribuyendo naturalísticamente la acción u omisión al sujeto activo y verificando la presencia de nexo causal) ; y un *juicio de imputación objetiva* (en el que se examina la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y su concreción en el resultado; (5) no se usará el concepto de *antijuridicidad material* ni como principio ni como elemento del delito, dado que conforme el capítulo anterior tal institución se consideró incorrecta, adoptando en cambio los conceptos de *principios de lesividad* y *lesividad del comportamiento* (este último como elemento integrante de la imputación objetiva); y (6) se distinguirán tres

---

494 Todo *hecho* para ser considerado *conducta*, desde el punto de vista jurídico-penal, debe cumplir los siguientes requisitos: **A) Desde el punto de vista externo** [cuya descripción se realiza en el tipo penal objetivo]: 1. Deberá tratarse de un *comportamiento humano exteriorizado* de *acción* u *omisión*, entendiéndose por la primera un “movimiento corporal” y por la segunda “la no realización de una acción debida”; 2. Dicho *comportamiento humano exteriorizado* tendrá que poder ser anticipado mentalmente por el hombre medio; es decir, tendrá que ser *previsible*; y 3. La *acción*, la *omisión* y el eventual *resultado* que estas produzcan tendrán que ser *evitables*; esto es, susceptibles de haber podido ser eliminados, modificados o paralizados. **B) Desde el punto de vista interno** [cuya descripción se realiza en el tipo penal subjetivo]: 1. El hecho tiene que haber sido realizado de forma voluntaria; es decir, como producto del control del sistema nervioso central; y 2. El hecho tuvo que ser el producto de un hombre consciente; es decir, un ser humano cuyas funciones psíquicas le permitieron percibir sus vivencias y las del mundo exterior

495 Todo tipo penal habrá de incluir como elementos integrantes los anteriormente mencionados. Sin embargo, de forma adicional agregará *especiales* elementos descriptivos y normativos que complementen y precisen la producción, ejecución y consumación de la misma.

grupos de *eximentes de responsabilidad*: causales de atipicidad objetiva (integradas a su vez por causales de falta de subsunción lógica, ausencia de imputación fáctica y ausencia de imputación objetiva en cuyo seno se ubicarán las causales de justificación y las demás circunstancias negativas de atribución normativa del comportamiento) causales de atipicidad subjetiva y causales de exculpación.

Sin embargo, para comprender mejor los conceptos originales de antijuridicidad formal, antijuridicidad material, injusto, desvalor de la acción, desvalor del resultado y causales de justificación se hará una breve reconstrucción de los mismos desde la evolución de los esquemas del delito en el siguiente acápite.

### 3.1.2 Evolución del concepto de *antijuridicidad y justificación* en los esquemas del delito.

3.1.2.1 *Esquemas clásico y neoclásico*: La antijuridicidad, al ser claramente normativa y valorativa, fue para el positivismo jurídico del Esquema Clásico una categoría extraña<sup>496</sup> y peculiar pues no constituía en sí misma un “objeto real del mundo material” como sí lo eran la *acción*, descrita por la tipicidad, o los aspectos psicológicos del autor a los que hacía referencia la culpabilidad. Sin embargo, LISZT<sup>497</sup> y BELING<sup>498</sup> superaron esa problemática con una concepción puramente objetiva de la antijuridicidad considerándola tan solo como aquel escaño del delito pragmático en el que el Juez verificaba la incompatibilidad evidente entre la *acción típica* y el Derecho. Tal comprobación era favorable únicamente sino se presentaban causales de justificación (como la legítima defensa) y negativa si concurría alguna de ellas.

Esto implicó que la antijuridicidad fuera originariamente concebida como una categoría meramente formal, cuyo contenido era determinado por el legislador

---

496 SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. En: El sistema moderno del derecho penal. cuestiones fundamentales: estudios en honor de Claus Roxin en 50º aniversario, 1991. p. 22. ISBN 84-309-1978-3.

497 LISZT, Franz Von. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. 3ra. Ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, s.a. p. 333 y ss.

498 BELING, Ernst Von. Esquema de Derecho Penal. La doctrina del Delito-Tipo. Buenos Aires: Librería el Foro, 2002. p. 43 y ss.

de manera definitiva. Sin embargo, mediante el influjo del neokantismo (con MEZGER por ejemplo) y gracias a la aproximación que el mismo LISZT realizara, se introdujo a la antijuridicidad (como aspecto material del mismo) el concepto de “dañosidad social” usualmente condensado en la fórmula latina “*nullum crimen, nullum poena sine iniuria*”; es decir, no hay crimen, ni pena sin daño previo.

En esta corriente denominada “causalista-valorativa”<sup>499</sup> autores como MEZGER consideraron que la tipicidad (como se explicó en el anterior acápite) era *ratio essendi* de la antijuridicidad<sup>500</sup>; es decir, su razón de ser, por lo cual la afirmación o negación de una, implicaba al mismo tiempo un idéntico juicio de valoración para la otra. Así mismo, al descubrir<sup>501</sup> MAYER los denominados “elementos normativos” en el tipo penal que él calificó como auténticos componentes de la antijuridicidad<sup>502</sup> optó por apoyar la tesis de la *ratio essendi* en cuanto a la relación existente entre el *tipo penal* y la *antijuridicidad*, llevando todo esto a que las primeras dos categorías configurativas del delito fuesen reemplazadas por una sola denominada “injusto penal”<sup>503</sup>.

En este punto es necesario **no confundir** la perspectiva neoclásica del **injusto** con la **teoría de los elementos negativos del tipo penal** puesto que la primera significó lo siguiente:

“La tipicidad, diría (MEZGER), es fundamento real y de validez, esto es, *ratio essendi*, de la antijuridicidad. Para este punto de vista

---

499 Así, por ejemplo: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Derecho Penal. Tomo I. Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del Delito y el Sujeto Responsable. Bogotá: Editorial Leyer, 2008. p. 467.

500 MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. p. 376.

501 Así lo referencia: ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 281.

502 MAYER, Max Ernst. Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007. p. 228.

503 JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Granada: Editorial Comares, 2014. p. 222. Así mismo, es necesario resaltar nuevamente que mientras el planteamiento neoclásico del injusto consideraba que la tipicidad implicaba por regla general la antijuridicidad como *ratio essendi* de aquélla, la teoría de los elementos negativos del tipo lo que hizo fue llevar hasta sus últimas consecuencias tal planteamiento asegurando que la tipicidad implica siempre la antijuridicidad de la conducta. En consecuencia, concibe “*el tipo como tipo total de injusto y los presupuestos de las causas de justificación (tradicionalmente estimadas como pertenecientes al ámbito de la antijuridicidad) como ‘elementos negativos del tipo.’*” SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012. p. 631.

las causas de justificación excluyen la antijuridicidad. Tienen un carácter exclusivamente negativo o de limitación del injusto<sup>504</sup>. En cambio, la segunda (la teoría de los elementos negativos del tipo de MERKEL<sup>505</sup>) afirma que “(...) en el tipo hay que distinguir un aspecto positivo explícito y otro negativo implícito. (...) Ambos aspectos conforman el tipo total. De esta forma, dado que el tipo contiene no sólo elementos positivos, sino también negativos (las causas de justificación), quiere decir que, constada la tipicidad en su conjunto, queda también afirmada la antijuridicidad. Igualmente, la tipicidad es ratio essendi de la antijuridicidad.”<sup>506</sup>

Las consecuencias *prácticas* de la sistemática de cada teoría para las categorías dogmáticas que nos interesan en la presente investigación fueron las siguientes:

**Tabla 9.** Antijuridicidad y causales de justificación en los esquemas clásico y neoclásico.

TEORÍA CATEGORÍA DOGMÁTICA	ESQUEMA CLÁSICO	ESQUEMA NEOCLÁSICO
1. Antijuridicidad	(1) Se ubica luego de la tipicidad y su relación con ésta es puramente lógica, no valorativa y (2) se considera un elemento del delito, objetivo, valorativo y formal.	(1) Su ubica luego de la tipicidad, pero fusionadas conforman el <i>injusto</i> y (2) es predominantemente objetiva, pero de forma excepcional puede contener algún elemento subjetivo, por ejemplo, el conocimiento en ciertas causales de justificación. Así mismo, sigue siendo valorativa y formal, pero adicionalmente se exige dañosidad o nocividad social (bajo la forma de antijuridicidad material)

504 BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Madrid: Editorial Trota, 2006. p.154.

505 Valga aclarar que autores como HIRSCH consideran que es un error considerarlo fundador de esta teoría y que todo es producto de una incomprensión de lo que dijo. Obras completas. Vol IV. Op., cit. p. 26.

506 Ibid., p. 155.

<p><b>2. Causales de justificación</b></p>	<p>(1) En su aspecto negativo no hacen parte del tipo penal sino de la antijuridicidad; (2) su concurrencia deja incólume la tipicidad pero elimina la antijuridicidad de la conducta típica; y (3) para su configuración no era necesaria la concurrencia de ningún elemento subjetivo (por ejemplo, conocer la situación justificante o actuar en virtud del <i>animus</i> justificante) sino tan solo la estructuración de los presupuestos objetivos que la hacía precedente.</p>	<p><b>Para la teoría del injusto de MEZGER:</b>                  (1) En su aspecto negativo hacen parte del <i>injusto</i>, no de la tipicidad; (2) su existencia elimina la antijuridicidad e impide conformar el injusto, pero deja intacta la tipicidad; y (3) para su configuración no era necesaria por regla general<sup>507</sup> la concurrencia de ningún elemento subjetivo.  <b>Para la teoría de los elementos negativos del tipo (MERKEL):</b>                  (1) En su aspecto negativo hacen parte del tipo penal como <i>tipo total</i>; (2) su concurrencia trae como resultado la atipicidad de la conducta y no únicamente la falta de antijuridicidad; y (3) no era necesaria la concurrencia de ningún elemento subjetivo [HEGLER]</p>
<p><b>3. Tratamiento del error (Error de tipo Vs. Error de prohibición y Error sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación<sup>508</sup>)</b></p>	<p><b>[Teoría estricta del dolo]</b>                  (1) Teniendo en cuenta que trabajan con un concepto de “dolo malo” que exigía además del conocimiento de los</p>	<p><b>Para la teoría restringida o limitada del dolo fundada por MEZGER:</b>                  El tratamiento al <i>error</i> fue el mismo del esquema clásico en cuanto a los puntos (1), (3) y (4), pero diferenciándose en el punto (5) por lo siguiente: consideró</p>

507 Cfr. El excelente estudio de: ARAQUE, Diego. *La discusión sobre el elemento subjetivo de la justificación. En: Estudios de Derecho Penal. Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2015, p. 803. Allí se explica claramente que tal posición sólo fue una regla general porque en eventos como “legítima defensa” y, muchos otros, no se exigía elemento subjetivo para la configuración de la justificante.

508 **Precisión:** El *error* sobre las causas de justificación o *suposición errónea de justificación* puede presentarse por distintas circunstancias: (1) por equivocarme en los hechos que la harían precedente [justificación putativa]; (2) por equivocarme en sus límites jurídicos; y (3) por equivocarme acerca de su existencia imaginando que para mi actuar había una causal de justificación que no existe [falsa creencia en la existencia de un precepto permisivo]. Pacíficamente se entiende que (1) y (2) son formas de *error de prohibición indirecto*. En cambio, con (1) veremos que existe un vaivén teórico que va desde considerarlo un auténtico *error de tipo*, hasta darle dicho tratamiento por analogía y pensar que es un error de prohibición por otros. El típico ejemplo de (1) sería el siguiente: “A” le dispara a “B” convencido de que éste, inmediatamente, lo iba a asesinar por un movimiento que realizó con su revolver. Sin embargo, el arma de “B” resultó ser de juguete, situación que desconocía “A”. Constituiría este caso: ¿Un error de tipo o de prohibición? Depende de cada teoría. En Colombia, la situación es aún más problemática porque (2) es denominado por el legislador como *Error en los presupuestos objetivos de una causal de ausencia de responsabilidad* [art. 32.10 del CP.], cobijando así esta forma de “error” la equivocada suposición de “hechos” que se adecuarían a los requisitos objetivos de las causales de atipicidad, justificación y exculpación de nuestro Código Penal. Entonces, esta forma de error ampliada sería ¿error de tipo o de prohibición? Aún más complejo, pero se trataría de dar, a partir de nuestra investigación, una respuesta satisfactoria a dicho interrogante.

	<p>hechos la consciencia de lo ilícito, tanto el <i>error invencible de tipo</i> como el <i>error invencible de prohibición</i> eliminaban por igual el dolo y, como consecuencia de ello, la culpabilidad de la cual hacía parte éste; (2) En ambos casos si el <i>error</i> era <i>vencible</i> conllevaba modificar el delito doloso a culposo, siempre y cuando este último estuviera criminalizado; (3) En estricto sentido el tratamiento del error era unitario pues no existía la distinción entre error de prohibición y error de tipo; (4) En consecuencia, no se clasificaba el “<i>error en los presupuestos objetivos de una causal de justificación</i>” como sino que simplemente dicha circunstancia conllevaba la exclusión del dolo y la culpabilidad; y (5) Se excluía el dolo siempre que no existiera conocimiento <i>actual</i> de la antijuridicidad.</p>	<p>que en el dolo existirían dos momentos cognitivos diferentes, uno referido a la tipicidad o más bien a los hechos adecuables a esta, de carácter actual, y otro dirigido a la antijuridicidad, conciencia de la ilícito, entendido como simplemente <i>actualizable</i> o potencial. También esto trajo como consecuencia la modificación del punto (ii) así: “<i>MEZGER, para evitar la imposición de la pena culposa si el error era evitable y garantizar la sanción por delito doloso, inventó una solución dirigida a los llamados casos de “ceguera jurídica” que después denominó “actitud incompatible con una sana concepción de lo que es el derecho y el injusto”. A través de dicha solución, se pretendió equiparar la actitud dolosa con la “ceguera jurídica” y por tanto, aunque el agente careciese de un conocimiento actual de la antijuridicidad al momento de actuar, pero lo hiciese con desprecio por el orden jurídico, su comportamiento merecería una sanción a título de dolo. El error en que incurría el autor al apreciar la antijuridicidad de su comportamiento, no podía ser relevante (y por tanto beneficiarle) si provenía de su hostilidad manifiesta al derecho.</i>”<sup>509</sup></p> <p><b>Para la teoría de los elementos negativos del tipo:</b> Aunque la diferencia entre <i>error de tipo</i> y <i>error de prohibición</i> se remonta a la doctrina de Alexander GRAF ZU DOHNA<sup>510</sup>, que sería el verdadero antecedente del finalismo, la <i>teoría de los elementos negativos del tipo</i> se valió de dicha distinción para su tratamiento del error modificando</p>
--	--	---

509 ARMAZA GALDÓS, Julio. *El error de prohibición*. En: Revista de Derecho y Ciencias Políticas, Vol. 50, Año 1993 – Lima, Perú, p. 48

510 VELÁSQUEZ VELÁZQUEZ, Fernando. *Derecho Penal, Parte General*. Op. Cit. Pág 641, nota al pie de página número 359. Aclarando que dicho autor no le dio explícitamente el nombre de “error de tipo” a dicha forma de error

	<p>la teoría estricto del dolo en los siguientes puntos: (1) Aun cuando el dolo sigue sistemáticamente ubicado en la culpabilidad como <i>dolus malus</i>, y, por ende, cualquier forma de error invencible elimina la culpabilidad, se verifica que el contenido de dicho dolo cambia en punto del “conocimiento de los hechos” pues ahora abarca también el conocer “la ausencia de los presupuestos objetivos de las causales de justificación” por cuanto esta últimas, como se recordará, ahora hacen parte de del tipo total de injusto; (2) para esta teoría el <i>error de tipo evitable</i> conlleva imprudencia, si existe, mientras que el <i>error de prohibición vencible</i> atenuación de la pena en todos los casos; (3) se vale de la distinción entre <i>error de tipo</i> y <i>error de prohibición</i>; (4) el error en los presupuestos objetivos de una causal de ausencia de responsabilidad es considerado un <i>error de tipo</i>; y (5) se asume como correcta la consideración del conocimiento potencial de la antijuridicidad.</p>
--	---

Fuente: propia.

3.1.2.2 *Esquemas Finalistas: Funcionalistas y Eclécticos.* Posteriormente, con el finalismo al igual que ocurrió en la tipicidad, la antijuridicidad sufrió una profunda subjetivización y al adoptarse un concepto de injusto personal tomó una preponderancia inusitada el denominado *desvalor de la acción*, anulándose prácticamente toda la importancia que en otrora tenía el *desvalor del resultado*.

Así mismo, aseguró de forma opuesta<sup>511</sup> a la perspectiva neoclásica que la tipicidad no constituía *ratio essendi* sino *ratio cognoscendi*<sup>512</sup> de la antijuridicidad, lo que no conllevó el abandono del concepto de injusto, sino la consideración de éste como un *injusto personal*<sup>513</sup>; esto es, como un injusto que,

“(…) no se agota en la causación del resultado (lesión del bien jurídico), desligada en su contenido de la persona del autor, sino que la acción es antijurídica sólo como obra de un autor determinado: el fin que el autor asignó al hecho, la actitud en que lo cometió, los deberes que lo obligaban a este respecto, todo esto determina de un modo decisivo lo injusto del hecho junto a la eventual lesión del bien jurídico. La antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referido al autor, es injusto personal.”<sup>514</sup>

Hoy en día, luego de la aparición del funcionalismo y cientos de eclecticismos, tenemos los más dispares conceptos y las más diversas ubicaciones de la *antijuridicidad* como categoría dogmática dentro del delito, lo que hace recordar un poco esos momentos críticos que vivió el dolo en los esquemas clásico y neoclásico donde al final la verdadera solución fue el cambio definitivo y revolucionario, iniciado por Graf ZU DOHNA y terminado por WELZEL, cuando decidieron trasladarlo hasta el tipo subjetivo, aunque sin la consciencia de lo ilícito como uno de sus elementos integrantes, sin importar el duelo que causaba abandonar el arraigado concepto que de este se tenía como una de las formas tradicionales de culpabilidad.

---

511 “De conformidad con tal perspectiva, ni las causas de justificación ni ningún elemento de éstas afectan al hecho, sino a la valoración del mismo (con las consiguientes repercusiones en materia de error). Para la teoría de los elementos negativos del tipo, en cambio, la caracterización (fáctica) completa del hecho no resulta sólo del tipo en sentido estricto, son de la conjunción de éste y de los presupuestos de las causas de justificación.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op., cit. P. 632

512 MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, Parte General. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011. p. 156.

513 Es criticado este concepto de “injusto personal” entendido como la fusión no necesaria entre tipicidad y antijuridicidad que elaboró WELZEL por cuanto el término “personal” haría alusión a “la capacidad individual (subjetiva) del sujeto concreto, que es un problema no de tipo, sino de culpabilidad.” LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires: Editorial B de F, 2016. p. 279.

514 WELZEL, Hans. Derecho penal alemán. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas del Sur, 1980. p. 91-92.

En cuanto a las repercusiones de esta teoría en las categorías dogmáticas que son fundamentales para la presente investigación están las siguientes:

**Tabla 10.** Antijuridicidad y causales de justificación en el esquema finalista

CATEGORÍA DOGMÁTICA \ TEORÍA	ESQUEMA FINALISTA
<b>1. Antijuridicidad</b>	(1) Regresa a un concepto de “tipo penal” próximo al de BELING en punto de considerarlo únicamente un mero indicio o <i>ratio cognoscendi</i> de la antijuridicidad. En consecuencia, la “tipicidad” y la “antijuridicidad” se separan por completo, asumiéndose una visión “tripartita” y no “bipartita” [injusto y culpabilidad] que era propia del esquema neoclásico; y (2) aunque la antijuridicidad es <i>objetiva</i> y <i>valorativa</i> , veremos en lo atinente a las causas de justificación si generaliza la exigencia de un requisito subjetivo para su configuración <sup>515</sup> .
<b>2. Causales de justificación</b>	(1) La <i>inexistencia</i> de causales de justificación no hacían parte del tipo penal, como en la teoría de los elementos negativos del tipo, sino que constituían un requisito de la antijuridicidad; (2) La <i>conurrencia</i> de dichas causales generaban exclusivamente ausencia de antijuridicidad, pero dejaban intacta la tipicidad del comportamiento; y (3) Además de exigirse los elementos <i>objetivos</i> de la justificante, el autor debía conocer los hechos adecuables a los mismo y tener el <i>animus justificante</i> , como elementos <i>subjetivos</i> , para la configuración de la eximente de responsabilidad.
<b>3. Tratamiento Del Error (Error de tipo Vs. Error de prohibición y Error sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación)</b>	<b>Para la teoría estricta de la culpabilidad o finalismo ortodoxo de WELZEL:</b>  (1) Se abandona la consideración del <i>dolus malus</i> y se opta por un dolo bueno, avalorado o neutral del cual se escinde la <i>consciencia de la antijuridicidad</i> o <i>ilicitud</i> por cuanto ella continuaría haciendo parte de la “culpabilidad” como uno de sus elementos, mientras que el “dolo” (conformado ahora solamente por “ <i>conocimiento de los hechos</i> ”

515 Se sigue en este punto a BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Derecho Penal, Parte General*. Op. Cit. P. 468. Una posición contraria sería la LUZÓN PEÑA, Diego Manual. *Derecho Penal, Parte General*. Op. Cit. Pág. 226 que considera que la antijuridicidad también su subjetiviza. La razón de ser de nuestra postura se encuentra en el mismo WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Op. Cit. P. 77 quien manifiesta lo siguiente: “La antijuridicidad es un juicio de valor ‘objetivo’, en tanto se pronuncia sobre la conducta típica, a partir de un criterio general: el ordenamiento jurídico.” Y si bien es cierto que se refiere tanto a lo objetivo como subjetivo de la tipicidad, también lo es que “la antijuridicidad es objetiva sólo en el sentido de un juicio de valor general; su objeto, la acción, en cambio, es una unidad de elementos objetivos (del mundo eterno) y subjetivos.”

y la “*voluntad de realización de los mismos*”) pasaría a hacer parte del tipo penal conformando un “tipo subjetivo”. Por estas razones, el *error invencible de tipo* al eliminar el “dolo” se convierte en una causal de *atipicidad subjetiva*, mientras que *error invencible de prohibición* se mantiene como causal excluyente de culpabilidad. (2) Igualmente, introduce y desarrolla los conceptos *vencibilidad* e *invencibilidad*, afirmando que todo *error de tipo “vencible”* modifica la conducta culposa si el legislador la ha previsto como punible, mientras que el *error de prohibición “vencible”* conlleva siempre responsabilidad penal pero atenuada punitivamente. (3) Como puede verse, en efecto, se asienta en la teoría del delito la distinción entre *error de tipo* y *error de prohibición*. (4) Considero que *el error en los presupuestos objetivos de una causal de justificación* es un *error de prohibición* que elimina la culpabilidad si es “invencible”, o atenúa la pena si es “vencible”, por lo que mantiene incólume tanto la tipicidad como la antijuridicidad. Y (5) mantiene el concepto de conocimiento *potencial* de antijuridicidad.

**Para la teoría restringida, limitada o analógica de la culpabilidad (a la cual pertenecen, bajo fundamentaciones diferentes y sutiles variaciones de las formas, finalistas heterodoxos<sup>516</sup> y ciertos funcionalistas<sup>517</sup>):**

Los puntos (1), (2), (3) y (5) son teorizados igual que la teoría *estricta* de la culpabilidad. El cambio se produce en el punto (4) por cuanto considera que el *error en los presupuestos objetivos de una causal de justificación* es un “*error de prohibición*”, que afecta la culpabilidad, pero que por *analogía* se le aplican todos los efectos punitivos del *error de tipo* en cuanto a su vencibilidad, de tal forma que si es “vencible” se modifica la calificación jurídica de “doloso” a “culposo”, en vez de atenuar la pena como lo ordenaría *prima facie* todo error de prohibición vencible. Sin embargo, y pese a lo afirmado en esta teoría no existe claridad sobre si esta forma particular de error o justificante putativa excluye el tipo subjetivo (así KÜHL<sup>518</sup>), hace decaer el ilícito doloso a nivel de antijuridicidad (por ejemplo, FRISTER<sup>519</sup>) o solamente afecta la culpabilidad dolosa (ESSER, SATZGER, etc.<sup>520</sup>). En el caso de ROXIN la justificación putativa es, por analogía, un *error de tipo* que excluye el *dolo* y genera por ente *atipicidad subjetiva*,

516 Por ejemplo: STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal, Parte General I*. Op. Cit. P. 269.

517 Así: ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Op. Cit. P. 583

518 HILGENDORF, Eric & VALERIUS, Brian. *Derecho Penal, Parte General*. Op. Cit. P. 167, pie de página 31

519 Ídem, p. 167, pie de página 32

520 Ídem, p. 167, pie de página 33

	<p>impidiendo la conformación del injusto dolo, aunque si es un <i>error vencible</i> viabiliza un injusto culposo<sup>521</sup>.</p> <p><b>Excursus:</b> Una variante de las anteriores teorías denominada <i>teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas</i> seguida por las versiones eclécticas del derecho penal alemán (Vgr. GALLAS, JESCHECK, WESSELS, MAURACH, etc.)<sup>522</sup>, considera que el <i>error en los presupuestos objetivos de una causal de justificación</i> es un “error de naturaleza especial” o “tercera forma de error” que NO elimina el dolo sino la culpabilidad cuando es de carácter invencible, pero que cuando se trata de un <i>error vencible</i> se le asignan las <i>mismas consecuencias jurídicas</i> del error de tipo imponiéndose de esta manera el castigo pero un delito culposo. Los motivos por los cuales se da ese tratamiento privilegiado a <i>esta forma particular de error</i> frente al error de prohibición son los siguientes: <i>primero</i> porque hay un menor desvalor de la acción y <i>segundo</i> porque “<i>el contenido de la culpabilidad del hecho es diverso al de los delitos dolosos: la motivación que ha conducido a la formación del dolo del hecho no reside en la ausencia de una actitud jurídica interna sino en un análisis poco cuidadoso de la situación.</i>”<sup>523</sup></p>
--	--

Fuente: propia.

Finalmente, surgiría en los años 70<sup>524</sup> una nueva corriente del derecho penal: el funcionalismo, abanderada principalmente por CLAUD ROXIN quien durante tal época pusiera de presente la íntima relación que debía existir entre la política criminal y el derecho penal elaborando el siguiente esquema del delito:

---

521 ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Op. Cit. P. 581. Nos explica que la razón de ser del nombre de la teoría “restringida” de la culpabilidad es la siguiente: todo error que oculta al sujeto el carácter prohibido de su conducta es un problema de atenuación o exclusión de su culpabilidad que deja intacto el dolo. Sin embargo, “*la teoría aquí expuesta se aparta de este principio en cuanto que concede efectos excluyentes del dolo también al error de tipo permisivo, o sea no le reconoce influencia sólo en la culpabilidad. Por tanto, la teoría de la culpabilidad se ‘restringe’, porque se considera excluyente del dolo no solo el caso del § 16, sino también el error de tipo permisivo.*”

522 Ver, ídem, p. 581, nota al pie de página número 67.

523 JESCHECK, Hans-Heinrich & WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Op. Cit. P. 499

524 Fecha en que es publicado su famoso artículo: *Gedankenzur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*. Traducido actualmente en: ROXIN, Claus. *Problemas básicos del derecho penal*. Madrid: Editorial REUS S.A. 1976. p. 128-148.

**Tabla 11.** El injusto penal en ROXIN.

INJUSTO		
<p><i>“(…) es cierto que tipo y antijuridicidad han de quedar separados sistemáticamente, pero que, no obstante, ambos se pueden reunir componiendo un ‘tipo global’ en el aspecto del injusto. Por tanto, es absolutamente legítimo contraponer a la responsabilidad el ‘injusto’, como unidad superior de tipo y antijuridicidad”<sup>525</sup></i></p>		
ACCIÓN	TIPICIDAD (Tipo objetivo + tipo subjetivo = <b>tipo sistemático</b> )	ANTI JURIDICIDAD (Incluye la verificación de la inexistencia de causales de justificación)
	<p><i>“Por tanto el concepto de tipo, que debe separarse sistemáticamente de la antijuridicidad, es un tipo de injusto pero no es idéntico al injusto; es, en la precisa formulación de Gallas, ‘ratio essendi de la pertenencia del hecho al typus de injusto, pero en cambio sólo ratio cognoscendi de su antijuridicidad en el caso concreto’.”<sup>526</sup></i></p>	

Fuente: propia.

¿Qué es una causa de justificación para Roxin? Es una causa de exclusión del injusto. Por lo tanto, *“dicha conducta no es desaprobada por el ordenamiento jurídico y con ello es aceptada por éste (...)”<sup>527</sup>*. Sin embargo, en el pensamiento de este autor sigue existiendo una clara **separación** entre causas que excluyen la tipicidad y causas que excluyen la antijuridicidad (*causales de justificación*), así en últimas todas terminen borrando el injusto penal.

Ahora bien en cuanto a la importancia de la antijuridicidad desde el punto de vista político-criminal ROXIN considera que ella es *“la solución social de los conflictos”<sup>528</sup>*. Así pues, para tales efectos se vale de una serie de principios ordenadores tales como: autoprotección, prevalencia del derecho y proporcionalidad. Por tales razones, *“la misión de la sistemática consiste aquí en elaborar, del modo más completo posible, el catálogo de los principios reguladores sociales y poner en claro su relación, en lo que, por otra parte, no está tan limitada, como sucede en el tipo, por el principio de legalidad, pues los principios que regulan las causas*

525 ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Op. Cit. P. 288

526 Ídem, p. 288

527 Ídem, p. 557

528 ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2002. p. 21.

de justificación proceden de todo el ámbito del Derecho, tanto legal como consuetudinario.”<sup>529</sup>

En lo atinente a la *teoría del error* surge una dificultad: teniendo en cuenta que sistemáticamente el conocimiento de los hechos como parte integrante del dolo se encuentra *antes* de la antijuridicidad donde se verifican las causales de justificación, ¿cómo podría ROXIN justificar su posición según la cual es correcta la *teoría restringida de la culpabilidad* que considera el *error invencible sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación*, por analogía, un *error de tipo* que elimina el dolo? Elaborando un **segundo esquema del delito** únicamente para la teoría del error. En palabras del mismo ROXIN: “el tipo a efectos de error no es necesariamente idéntico al tipo sistemático.”<sup>530</sup>

De esta manera, tendríamos **dos** formas de concebir el tipo penal: (1) como un **tipo sistemático** que abarca a su vez un “*tipo objetivo*” compuesto por unos sujetos, una acción típica, un resultado, una imputación objetiva y unos complementos descriptivos y normativos, más un “*tipo subjetivo*” integrado por el dolo o la culpa y los elementos subjetivos especiales que contemplase cada delito en particular. De dicho *tipo sistemático* NO haría parte la antijuridicidad, ni tampoco las causales de justificación. En consecuencia, el conocimiento de los hechos que abarcaría el *dolo típico* no incluiría los *presupuestos objetivos de las causales de justificación* porque naturalmente ellos estarían sistemáticamente ubicados con posterioridad al tipo penal. Sin embargo, como dicha perspectiva causa contradicciones de *orden lógico* en lo atinente a la *justificación putativa*, dado que ROXIN acogió la *teoría restringida de la culpabilidad* que considera dicha hipótesis como un error de tipo, decidió **inventarse**<sup>531</sup> una (2) forma de considerar el tipo penal, únicamente, cuando se tratara de estudiar el *error en los presupuestos objetivos de una causal de justificación* permitiendo así que el dolo abarcara además a los elementos objetivos de las causales de justificación, denominándolo como **dolo de injusto**, y a ese curioso tipo penal: **tipos a efectos de error**.

---

529 Ibid., p. 21.

530 ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Op., cit. p. 279.

531 ROXIN explica que él se ideó la concepción de tres clases de tipos penales: tipo sistemático, tipo de garantía y el tipo a efectos de error. Tal invención ocurrió por primera vez en: ROXIN, Claus. Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Buenos Aires: DEPALMA, 1979.

La graficación de esa forma *particular* de tipo penal sería, aproximadamente, la siguiente:

**Tabla 12.** El tipo global en ROXIN.

TIPO GLOBAL (TOTAL) DE INJUSTO O SIMPLEMENTE “INJUSTO”.		
Compuesto por:		
1. Acción	2. El tipo prohibitivo o tipo legal en su aspecto negativo	3. La ausencia de tipo permisivo (antijuridicidad); esto es, inexistencia de los presupuestos objetivos de alguna causal de justificación
TIPO SUBJETIVO PARA EFECTOS DE ERROR.		
Compuesto por:		
Dolo de injusto [cuyo conocimiento abarcaría del Injusto los hechos adecuables a los numerales 1, 2 y 3]		

Fuente: propia.

Pese a ello, la tesis de ROXIN no se considera mayoritaria en Alemania – casi en ninguno de sus aspectos – ni tampoco en la jurisprudencia del Tribunal Supremo del mundo germánico. Por el contrario, sería la tesis dominante<sup>532</sup> hoy en día en torno a los elementos configurativos del delito la “ecléctica”<sup>533</sup>, teniendo como a uno de sus ideólogos más importantes al profesor Wilhelm GALLAS<sup>534</sup>. Al parecer esta postura dogmática ha bebido filosóficamente del neokantismo en sus aspectos valorativos, pero sin renunciar por ello a salvaguardar ciertos sustratos “ontológicos” necesarios que posibiliten la aplicación del sistema en

532 Así lo enseña muy ilustrativamente SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Introducción. En: SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema moderno del Derecho Penal. Cuestiones fundamentales. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012. También puede confrontarse: JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal, Parte General. 5ª ed. Granada: Editorial Comares, 2014. Y JESCHECK, Hans-Heinrich. Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2003. no. 05-01, p. 01:1-01:19.

533 Es decir, pretende una síntesis entre el finalismo y una dogmática determinada normativamente JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General. Tomo II. Barcelona: Editorial Bosch, Casa Editorial, S.A., 1981. p. 214. O como dice el profesor SILVA SÁNCHEZ “la doctrina dominante alemana acoge un ‘doble eclecticismo metodológico’: por un lado, su método no es ni plenamente sistemático ni, por supuesto, tópico, sino que mezcla consideraciones deductivas e inductivas; por otro lado, integra tanto consideraciones ontológicas como normativas”. Op., cit. p.24.

534 Su obra más conocida a nivel latinoamericano es: La teoría del delito en su momento actual. Barcelona: 1959.

concordancia con algunas consideraciones de índole “normativas” desde las que sea posible la construcción del engranaje conceptual del hecho punible.

Este edificio dogmático, asentado en la configuración del esquema clásico (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) mantuvo las consecuencias que para su contenido trajo consigo la teoría finalista, pero distanciándose totalmente de su fundamentación filosófica de corte ontologista y reemplazándola por la visión ecléctica (y principalmente valorativa<sup>535</sup>) ya expuesta. Por lo tanto, es posible evidenciar que en dicho modelo teórico perviven del sistema welzeliano<sup>536</sup> las siguientes estructuras dogmáticas: la integración del dolo en el tipo; la equiparación de desvalor de la acción y desvalor del resultado en el injusto; la distinción entre error de tipo y error de prohibición; la reordenación de la teoría de las formas de intervención en el delito sobre la base de la doctrina del dominio del hecho; la (así llamada) plena normativización de la culpabilidad; etc.

Sin embargo, el sistema dominante de GALLAS introduce una novedad: una especie de dolo “saltarín” por decirlo jocosamente, ya que según este autor la premisa básica existente en torno a esa modalidad subjetiva de conducta es su “doble posición”, hallándose tanto en el tipo penal como en la culpabilidad. Pero esta ubicación dual tampoco es pacífica al interior de tal escuela pues al menos existen dos versiones de tal perspectiva: una que lo sitúa “completamente” en ambos lugares pero desde distintas ópticas y otra que lo fracciona, afirmando que los elementos cognoscitivos y volitivos están en el tipo penal y los emocionales en la culpabilidad<sup>537</sup>.

Así mismo, en este sistema ecléctico, aun cuando se asume la teoría del “error” de WELZEL [es decir, la teoría estricta de la culpabilidad], es evidenciable una modificación sustancial en torno a un aspecto del mismo: el error sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación deja de ser considerado error indirecto de prohibición y pasa a ser tenido, en cuanto a sus efectos

---

535 Para la ubicación del dolo en el tipo por ejemplo se argumenta con base en la “significación” de los tipos penales, el carácter imperativo de las normas y la “mayor peligrosidad que la presencia del dolo confiere a la conducta”; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit. p. 36.

536 Se sigue la síntesis de SILVA SÁNCHEZ. Op., cit.

537 Ibid.

según se vio, como un “error de tipo”. Sin embargo, esta teoría que **es la dominante** en el mundo germánico ha pasado casi desapercibida en el mundo latinoamericano, creándose la falsa impresión de que la ROXIN o JAKOBS son las verdaderas construcciones dogmáticas imperantes aun cuando ello no es así<sup>538</sup>.

### 3.1.3 Las dificultades y observaciones críticas a las distintas teorías expuestas que hacen procedente una reconsideración radical de la sistemática del delito.

Ninguna de las teorías expuestas anteriormente es completamente satisfactoria y muchas de ellas contienen contradicciones sistemáticas insalvables. Sin embargo, se demuestra que las doctrinas alemanas enunciadas líneas atrás, al igual que sus derivadas, fallan en su totalidad, utilizando para tales efectos tan solo una institución jurídico-penal: el *error en los presupuestos objetivos de una causal de justificación* anticipando, desde ya, que esta problemática, aparentemente insoluble hasta el momento, tendrá como única salida posible la reubicación de las *causales de justificación* en sede del tipo penal objetivo como criterios negativos de imputación objetiva; tesis ésta que será demostrada ampliamente en el acápite II del presente capítulo.

Comiencese por afirmar que existe una **dificultad** (o más bien imposibilidad) de ubicar coherente y satisfactoriamente la *suposición errónea de los hechos configurativos de una causal de justificación* dado el particular estadio de análisis en que se examinan dichas ausencias de responsabilidad, puesto que los hechos *justificantes* se estudian luego de *afirmada la tipicidad objetiva y subjetiva* aun cuando el error sobre tales hechos pareciera quitar el carácter doloso de la

---

538 Justamente reconoce esta perspectiva el profesor Fernando VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ quien recuerda que la doctrina alemana no ha girado exclusivamente “en torno a las corrientes funcionalistas con epicentro en München y Bonn, sino que también Frankfurt ha sido el lugar de confluencia de una Escuela de pensamiento jurídico penal – con W. HASSEMER (1940-) a la cabeza, que fuera secundado por profesores tan importantes como el fallecido A. BARATTA, y por K. LÜDERSERN (1932-), F. HERZOG, C. PRITTWITZ (1953-), P.A. ALBRECHT, W. NAUCKE (1933-), entre muchos otros – que no está de acuerdo con la normativización de las categorías del delito y que reclama un derecho penal de garantías orientado hacia las ciencias sociales, en la línea tradicional del pensamiento penal europeo y con marcada influencia de la dirección filosófica que también se conoce con ese nombre (...)”. Op., cit. p. 403.

conducta y a pesar de que la determinación del dolo se realice sistemáticamente antes de ser valorada la juridicidad del hecho, implicando tal situación una contradicción insalvable en la organización de los elementos configurativos del delito. Así pues, aunque se han elaborado varias posturas que han intentado solucionar la problemática de esta forma particular de error todas han fracasado por las siguientes razones:

- I. Una de la teorías sostiene que la *justificación putativa* debe eliminar el dolo pues a él pertenecen, no sólo los hechos adecuables el tipo prohibitivo, sino también la suposición de circunstancias justificantes, debiéndose aplicar la pena del delito culposo si el error es producto de un comportamiento descuidado (teoría de los *elementos negativos del tipo penal*<sup>539</sup>), por lo que se consideraría tal hipótesis en esencia un error de tipo.

Las razones para considerar equivocada esta postura son las siguientes:

**Primero.** Aun cuando la presente investigación tiene como tesis central la eliminación de la antijuridicidad, por la vacuidad que llegaría a poseer dicho concepto ante el traslado de la lesividad y la ausencia de causales de justificación a la imputación objetiva, no se comparte la fusión que la *teoría de los elementos negativos del tipo penal* hace de la tipicidad y la antijuridicidad, considerándose esencialmente incorrecta porque sigue dejando aisladas de los criterios de atribución normativa a todas las causales de justificación, haciendo con ello que se mantenga el contrasentido de afirmar que las *causales de justificación* son acciones permitidas por el ordenamiento jurídico, pero, al mismo tiempo, desaprobadas en el momento de determinar la imputación objetiva del comportamiento<sup>540</sup>. Desde esta perspectiva, no es que se presente una fusión entre *tipicidad* y *antijuridicidad*. Lo que ocurre es

---

539 Se tienen como ejemplos de doctrinantes que siguen esta doctrina a los ya citados GIMBERNAT ORDEIG y también KINDHÄUSER citado en el pie de página 25 por HILGENDORD, Eric y VALERIUS, Brian. Op., cit. p. 165

540 JAKOBS, Günther. Derecho Penal, parte general. Op., cit. p. 193, 6/57. "Un comportamiento justificado no es menos conforme a Derecho que otro ni siquiera típico, y está prohibido o es contrario a la norma en tan escasa medida como este." Aunque a renglón seguido afirma que ello solamente en cuanto al resultado y no acerca de (1) el fundamento del injusto y (2) la relevancia del escalón valorativo anterior al injusto. Similar afirmación en STRATENWERTH, Günther. Op., cit. p. 130, 7/14.

que con la invención de la imputación objetiva como elemento necesario exigido implícitamente por todo “tipo penal”, la antijuridicidad quedó vacía y su supervivencia perdió todo sentido y razón de ser.

**Segundo.** Igualmente, los doctrinantes de esta vertiente teórica son muy ambiguos a la hora de establecer qué quieren decir con eso de *tipo de injusto* o *tipo global*, y por qué si el estudio de las causales de justificación lo llevan a cabo, supuestamente, en ese gran tipo penal, al punto que la concurrencia de ellas lo eliminan, terminan distinguiendo y apartando los elementos del “tipo penal” de la “inexistencia de justificantes” (aunque fusionadas en el injusto). Pareciera como si la *teoría de los elementos negativos del tipo* terminara asegurando que “sí”, pero “no”; como si fuera incapaz de reconocer que por más que hable de una *aparente fusión* entre *tipicidad* y *antijuridicidad* aún le cuesta dejar a un lado definitivamente el esquema tripartito; y como si eso del tipo total conformado por un *tipo positivo* y un *tipo negativo* no fuera más que un intento vano por darle coherencia a un sistema cuyas estructuras ya no podían sostenerse en pie.

**Tercero.** Tampoco es posible compartir el hecho de que un tipo penal (o cualquier categoría dogmática) esté compuesta a su vez por la *inexistencia* de causales de justificación dado que esta perspectiva implicaría afirmar que “sólo *existe* algo (la tipicidad) cuando *no exista* otra cosa (las causales de justificación)”, y ¿no vulneraría acaso esta perspectiva una regla lógica básica de la “definición”<sup>541</sup> según la cual ella siempre deberá hacerse en *afirmativo* y nunca en negativo? Se debe recordar, que no es viable establecer adecuadamente lo que una cosa es y sus requisitos mediante lo que ella “no significa”, por más ilustrativo que pueda resultar dicho estilo escritural, dado que tal recurso lingüístico lo único que reflejaría es la incapacidad de dar una definición del concepto o término que intenta ser encubierta mediante la enunciación de lo que este no es. En consecuencia, la *Teoría de los elementos negativos del tipo* se equivoca cuando considera que uno de los

---

541 COPI, Irving y COHEN, Carl. Introducción a la lógica. México: Limusa, 2013. p. 137. “**Regla 5:** Una definición no debe ser negativa si puede ser afirmativa. Una definición intenta indicar lo que significa un término, en vez de lo que no significa. (...) Se deben identificar los atributos que tiene el definiendum, más que aquellos que no tiene.”

componentes del *tipo penal* es a su vez la *inexistencia de causales de justificación*, por cuanto ellas (o su ausencia) no componen el tipo penal, sino que su “conurrencia” integra una de las formas negativas de imputación objetiva y generadoras de atipicidad. Así pues, el verdadero **elemento positivo** que se exige para la afirmación de la tipicidad es la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado* y justamente esa **desaprobación general** es la que busca ser verificada para la obtención de un resultado positivo del juicio de tipicidad en punto de la imputación objetiva. Las *causales de justificación*, en cambio, sólo se estudian como el *revés* de la tipicidad, dado que, según se demostrará en el siguiente acápite, ellas no implican la creación de un riesgo jurídicamente *desaprobado* pues toda causal de justificación es en esencia un riesgo jurídicamente *aprobado*. De esta manera mientras que la *Teoría de los elementos negativos del tipo* propone un esquema en el que el *tipo total de injusto* se encuentra conformado por los elementos del tipo objetivo + la ausencia de causales de justificación, con la presente investigación se habla de un tipo penal integrado por la suma exclusiva de *tipo objetivo* + *tipo subjetivo* sin que ningún papel jueguen las causales de justificación para definir el tipo penal o afirmarlo, ni tampoco para establecer la estructuración de una categoría dogmática posterior (como la antijuridicidad) pues la función que ellas cumplen es *eliminar* o *negar* la tipicidad del comportamiento al lograr hacer desaparecer el primer nivel de imputación objetiva por no existir desaprobación jurídica del riesgo creado con la ejecución de aquél.

**Cuarto:** Es absolutamente criticable considerar la *ausencia de causales de justificación* elementos o requisitos *positivos* del tipo penal (en vez de únicamente circunstancias negativas de éste donde el aspecto afirmativo lo sería la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado) porque ello implicaría, respecto al dolo o el ámbito subjetivo del delito,

requerir en el hecho un conocimiento de la ausencia de todas las causas de justificación (es decir, de la parte negativo del tipo de injusto total)” lo cual, “sería, sin embargo, aun cuando se consideraran los contenidos de conciencia sobre los que no se llega a reflexionar, no sólo psicológicamente absurdo, sino además

imposible si se refiere a la totalidad de los tipos de justificación  
(...)<sup>542</sup>

En cambio, con esta tesis el dolo implicaría abarcar y conocer una sola cosa: que se está creando un riesgo jurídicamente desaprobado, lo cual no solo sería posible exigírselo al hombre medio sino que adicionalmente estaría acorde con la descripción del cerebro que llevan a cabo la psicología y la psiquiatría, pues dicho postulado no sería otra cosa más que la enunciación normativa de algo llamado por aquéllas como la “conciencia discriminativa”<sup>543</sup> que todo ser humano sano debe poseer. En consecuencia, se puede concluir que la “teoría de los elementos negativos del tipo” es vulneradora, entre otras garantías, de la *taxatividad* pues acorde con ella “la ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal”<sup>544</sup>; es decir, la conducta que se encuentra prohibida, por lo que la fórmula “inexistencias de causales de justificación” como elemento del tipo penal, al ser vaga, ambigua y colmada de una profunda indefinición, no cumpliría a cabalidad ese imperativo derivado del principio de legalidad<sup>545</sup>.

No se considera en cambio correcta la crítica *usual* que se le hace a la *Teoría de los elementos negativos del tipo* y que puede resumirse así: asumir como válida esta doctrina según la cual la realización de una conducta amparada por una causal de justificación implica la ejecución de una conducta atípica equivaldría a asegurar que dicho comportamiento le resulta completamente indiferente al Derecho Penal y que, por ejemplo, no existe ninguna diferencia entre “matar a una persona en legítima defensa” y “matar a un mosquito cualquiera”<sup>546</sup>. Pero, ¿por qué es equivocado este razonamiento? Porque no

542 JAKOBS, Günther. Op., cit. p. 194.

543 “Inherente a las funciones de un psiquismo superior nos permite distinguir lo malo de lo bueno, lo conveniente de lo inconveniente, lo lícito de lo ilícito, ponderando los motivos y anticipando las consecuencias de nuestras acciones o las de los otros.” CABELLO, Vicente. *Psiquiatría forense en el derecho penal* 1. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 237.

544 COLOMBIA. ARTÍCULO 10 del Código Penal.

545 JAKOBS (Ibid., p. 194), sin embargo, no establece la crítica exclusivamente – como sí en este punto – por “la gran cantidad de causas de justificación que hay, y cuya actualización es imposible por razones puramente cuantitativas. La conclusión se deriva más bien de la relación material de tipo de injusto y justificación.”

546 Así, inicialmente, WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Op., cit. p. 119 y posteriormente por todos: v.gr. HIRCH, Hans Joachim. *Derecho Penal*. Obras completas. Tomo IV. La doctrina de los elementos negativos del tipo penal. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005. p. 344.

se compadece de la *transformación* que sufrió el concepto original a partir del cual nació el tipo penal. Esta es su génesis, con BELING, era valorativamente neutro y completamente objetivo. No obstante, ese pensamiento rígido y para nada coincidente con la realidad legislada de cualquier país debió ser modificada, admitiéndose con el paso del tiempo que el *tipo penal* era sustancialmente valorativo (un juicio de desvalor puro y duro) además de bifocal: tanto objetivo como subjetivo. En otras palabras, se comenzó a ver que cuando el legislador tipifica conductas no lo hace porque constituyan modelos de comportamiento, sino esencialmente porque merecen todo el reproche social y jurídico posible. Igualmente, se comprendió que para la determinación de las conductas prohibidas (es decir, que son típicas) y de las personas que pueden realizarlas y ser susceptibles de reproche penal (es decir, que sean culpables) se necesita llevar a cabo un ejercicio que no se agota en la simple enunciación normativa efectuada por las disposiciones legales en la parte especial de los Códigos Penales, sino que requiere de un ejercicio de sistematización mediante el cual se estructure la *conducta desvalorada* (tipicidad) y el *sujeto desvalorado* (culpabilidad). En consecuencia, la crítica de la *confusión valorativa que existe entre tipicidad y antijuridicidad* elevada en contra de la doctrina de los elementos negativos del tipo tendría algún sentido únicamente si se siguiera atado a la fórmula positivista de BELING. Sin embargo, como hoy puede verse el tipo penal es, ante todo, un *injusto penal* o, dicho de otra manera, una descripción no-neutral de un comportamiento que se consagra como prohibido. En ese orden de ideas, el *quid* del yerro de la *Teoría de los elementos negativos del tipo penal* no se encuentra en la imposibilidad de diferenciar el “matar un mosquito” de “matar a un hombre en legítima defensa”, sino en otros aspectos ya reseñados, porque sin lugar a dudas, y aunque moleste, es cierto que cada uno de dichos casos son estructuralmente atípicos por cuanto la tipicidad hoy en día es una categoría dogmática mucho más compleja y esencialmente valorativa (o mejor, desvalorativa) que se elimina tanto por la falta de *objeto material* y *sujeto pasivo* (como ocurre en el primero de los casos), entre otras razones, como por la *falta de creación de riesgos jurídicamente desaprobados* (que sería la hipótesis del segundo caso). Y ello es así, por la consecuencia lógica que se deriva del principio de legalidad acorde a la cual los tipos penales (como herramientas encargadas de describir los comportamientos prohibidos) habrán de contener la totalidad de los

elementos que definan la conducta objeto de criminalización. Entonces, bajo dicho axioma y *a contrario sensu* sería atípica toda acción u omisión que termine no satisfaciendo la materialización integral de cada uno de ellos.

En palabras de FRISTER:

“No obstante, a esa explicación del tipo como un grado valorativo propio puede replicársele que en todo el ordenamiento jurídico no hay consecuencias jurídicas que se ligen sólo a la conducta típica. Recién la constatación de la antijuridicidad fundamenta una valoración jurídicamente relevante del hecho. Por ello, el matar a un hombre en legítima defensa es algo distinto, por cierto, a matar una mosca, en varios sentidos. Pero ambas acciones no son un ilícito, y sólo eso importa para el paralelo entre error de tipo y error de tipo permisivo.”<sup>547</sup>

Así las cosas, se descarta la validez de esta crítica usual realizada a la doctrina de los elementos negativos del tipo, pero sin que tal circunstancia implique adoptarla como correcta, porque mantiene sus yerros, aunque originados de las cuatro razones que previamente fueran esgrimidas en el presente literal. Ahora bien, en lo atinente a la forma como esta teoría maneja el *error en los presupuestos objetivos de una causal de justificación* se considera que es desde el punto de vista lógico adecuada y totalmente coherente. No obstante, “el problema son los presupuestos generales de esta teoría que, son objetables desde diferentes puntos de vista.”<sup>548</sup>

- II. Otra teoría sostiene que aun cuando la solución sea correcta en sus resultados tiene una fundamentación incorrecta pues no es un error de tipo, sino de prohibición pero cuyas consecuencias, no en su ubicación sino en sus efectos punitivos, son idénticas a las del error de tipo<sup>549</sup>(versión original de la *teoría limitada de la culpabilidad* o teoría de la analogía).

---

547 FRISTER, Helmut. Derecho Penal, Parte General. Op., cit. p. 293.

548 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op., cit. p. 837.

549 JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Op., cit. p. 496.

Los puntos susceptibles de crítica de esta teoría son los siguientes:

**Primero.** El recurso de la analogía es una explicación que tiene efectos prácticos, pero carece de fundamentación teórica y en general no resuelve las contradicciones dogmáticas básicas que plantea dicho error<sup>550</sup>. De esta manera, se observa que a partir de consideraciones político-criminales sobre la forma en que debe resolverse esta clase particular de error se decide considerarlo un *error de tipo*, pero sin basarse en las premisas jurídico-dogmáticas que definen el dolo.

**Segundo.** También la aplicación analógica del *error de tipo* debe eliminar el dolo, pero éste, al hacer parte de la tipicidad subjetiva, no tendría por qué verse afectado por categorías dogmáticas o elementos del delito posteriores<sup>551</sup>.

**Tercero.** Al igual que Alemania, en Colombia la consideración *analógica* no es viable para solucionar de fondo y de forma esta clase de error porque expresamente el legislador lo considera un error de tipo<sup>552</sup>.

**Cuarto.** La teoría de la culpabilidad limitada viabiliza, sin decirlo expresamente, la tentativa<sup>553</sup> en casos de delitos culposos donde el acto, producto de la justificante putativa vencible no alcance el estadio de la consumación, porque al aplicar por analogía a esta forma de error permisivo las reglas del error de tipo, y pese a ello seguirlo considerando de

---

550 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op., cit. p. 838.

551 MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Op., cit. p. 653

552 A pesar de la literalidad del artículo 32 numeral 10 del Código Penal, importantes doctrinantes consideran que dicho enunciado normativo debe interpretarse en el sentido de considerar dicho error como uno de prohibición. Vgr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal, Parte General. Op., cit. p. 839. “Queda, pues, claro que la asimilación de esta modalidad de error de prohibición indirecto al error de tipo es solo para efectos de punición y no porque el legislador equipare las dos figuras, o llame a la modalidad de error aquí examinada ‘error de tipo’ como a veces se pretende. (...) Como se puede observar, la concepción adoptada es una verdadera teoría de la culpabilidad que, sin embargo, se aparta de la versión estricta para la cual la atenuación es solo facultativa y no tiene en cuenta consideraciones de tipo político criminal; y se acerca a la versión limitada, cuando posibilita tratar como error de tipo el error sobre los presupuestos de una causal de justificación.”

553 BOTERO BERNAL, José Fernando. ¿Algo más que decir sobre el error de prohibición en la normativa penal colombiana? [En línea], s.a. Disponible en Internet: <[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20130808\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130808_02.pdf)>.

prohibición, nos edifica una argumentación que termina chocando “con el inconveniente de que no puede negar la voluntad dirigida a la producción del resultado”<sup>554</sup>, lo cual sumado a la realización de actos ejecutivos dentro del *iter criminis* pareciera encajar en un delito imperfecto y punible pese a ser dogmáticamente inadmisibles<sup>555</sup>.

- III. Para la *teoría del dolo* esta forma particular de error no supuso ningún problema puesto que ningún efecto tenía la distinción entre error de tipo y error de prohibición (además de que en un principio ni siquiera se hacía tal diferenciación) dado que tanto uno como otro eliminaban la culpabilidad al ser el dolo un elemento integrante de esta y compuesto a su vez por la consciencia de lo ilícito (esquemas clásico y neoclásico).

El defecto de esta teoría parte del hecho de considerar el dolo una forma de culpabilidad. No existiría pues problema alguno respecto a la solución de las justificaciones putativas porque habría coherencia sistemática. Sin embargo, el fundamento mismo para llegar sus conclusiones es errado. Miremos por qué:

**Primero.** Si se asumiera como correcta parte de la fundamentación de finalismo respecto al traslado<sup>556</sup> del dolo, de la culpabilidad, al tipo penal, entonces se reprocharía a esta teoría el hecho de que confundiera el objeto de valoración y la valoración del objeto. Nodier AGUDELO BETANCUR, siguiendo a Graf ZU DOHNA (antecedente de WELZEL), explica esta inconsistencia al decir que, si la culpabilidad y la antijuridicidad se constituyen en la valoración del dolo, no puede el dolo ser, al mismo tiempo,

554 ZAFFARONI Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal, Parte General. Op., cit. p. 732.

555 Sobre el estado de arte de esta postura que considera inadmisibles la tentativa imprudente véase: REYES ALVARADO, Yesid. El delito de tentativa. Buenos Aires: Editorial B de F, 2016. p. 252 y ss. Sin embargo, se coincide con el tratadista citado en que “*en aquellas situaciones en las que el legislador ha considerado que la especial gravedad de determinadas conductas hace político-criminalmente aconsejable la imposición de sanciones penales, ha elevado al grado de delitos de peligro comportamientos que estructuralmente corresponden a tentativas imprudentes (...)*” [p. 256 y 257.]

556 Aunque también es cierto lo que dice el profesor Nodier AGUDELO BETANCUR cuando afirma: “*En realidad como lo hemos sostenido otras veces, Welzel no trasladó el dolo de la culpabilidad a la acción como suele decirse normalmente, sino que lo dejó donde lo encontró: el dolo como voluntad hace parte de la acción porque la voluntad es la espina dorsal de ella, su médula y sin el acto del conocimiento no se puede variar el objeto del conocimiento, hay que dejarlo en la acción que es su lugar natural según enseña la psicología.*” Op. Cit. P. 113.

parte de esta valoración; “o sea: no pueden estar en un mismo plano lógico, la valoración y el objeto de la valoración. Pero entonces, si el dolo no podía ser parte de la culpabilidad por esa objeción de carácter lógico, ¿dónde ubicarlo? No podía quedar en el aire y había que ubicarlo en alguna parte de la estructura del delito. ¿Dónde?”<sup>557</sup>

**Segundo.** En todo caso, la inclusión del dolo en la tipicidad y no en la culpabilidad es esencialmente correcta también desde otras fundamentaciones tales como: la necesidad de estudiar el dolo para lograr sustentar adecuadamente el injusto típico de la tentativa<sup>558</sup>, el sentido u orientación de los tipos penales y la inclusión de muchos verbos en ellos de carácter final, el carácter imperativo de las normas<sup>559</sup>, la mayor peligrosidad que la presencia del dolo confiere a la conducta, la existencia de elementos subjetivos especiales en ciertos tipos penales, por consideraciones político-criminales acorde a las cuales la tipificación de muchas conductas es la consecuencia su carácter doloso<sup>560</sup>, y en general el hecho de que si los tipos penales describen conductas lesivas de bienes jurídicos y toda conducta para serlo requiere necesariamente de una conjunción de aspectos objetivos y subjetivos, no se entendería por qué el tipo penal habría de mutilar la descripción de las acciones y omisiones al no incluir el dolo como parte subjetiva integrante de este.

**Tercero.** La *teoría del dolo* partió de consideraciones dogmáticas esencialmente equivocadas subyacentes en los esquemas del delito sobre cuyas bases terminó siendo edificada. Dichos errores son: (1) una concepción psicológica de la culpabilidad que no tuvo en cuenta aspectos tan importantes como la asequibilidad normativa del sujeto; (2) una teorización del tipo penal errada porque en el caso del esquema clásico lo concibió como una figura legal valorativamente neutra y completamente objetiva, sin que el esquema neoclásico lograra un cambio sustancial

---

557 AGUDELO BETANCUR, Nodier. Curso de derecho penal (Esquemas del Delito). Ediciones Nuevo Foro: 2013. p.95.

558 GALLAS, Wilhelm. La teoría del delito en su momento actual. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, 1959. p. 48

559 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Introducción. Op. Cit. p. 35.

560 ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General. Op., cit. p. 308

al respecto; y (3) no logra distinguir adecuadamente la conciencia de antijuridicidad del conocimiento de los hechos errando dogmáticamente a la hora de establecer criterios de vencibilidad respecto a cada uno de ellos.

- IV. La *teoría estricta de la culpabilidad* (defendida por WELZEL) considera que esta forma de error es de prohibición y, por ende, al afectarse la conciencia de lo ilícito es imperativo darle el mismo tratamiento de cualquier error de prohibición.

Los aspectos problemáticos y críticos de esta teoría son los siguientes:

**Primero;** El *error de prohibición* a diferencia del *error de tipo* implica una equivocada **valoración** de los hechos o más exactamente de la licitud de los hechos. En cambio, la segunda forma de error se concibe como el **desconocimiento** de los hechos en sí mismos<sup>561</sup>. Así las cosas, al ser distinto **valorar** que **conocer**, si **valoro** incorrectamente la antijuridicidad de un hecho creyéndolo permitido, habrá error de prohibición, mientras que por el contrario si lo que se presenta es un **desconocimiento** de los hechos adecuables al tipo objetivo se configurará un error de tipo. Esta fundamental y esencial diferencia entre ambas clases de errores es la que olvida la *teoría estricta de la culpabilidad* cuando afirma que la suposición errónea de los presupuestos objetivos de una causal de justificación es un error de prohibición y no de tipo, ignorando que esos *presupuestos objetivos* no son otra cosa que los “hechos” configurativos de la justificante. Por consiguiente, quien yerra bajo dicha hipótesis no está ejerciendo una valoración jurídica errada de los hechos dado que, en esencia, ni siquiera tiene los hechos correctos para valorarlos y si en su mente no estuvieron los supuestos fácticos requeridos ¿por qué esperar llegar entonces hasta la culpabilidad para determinar si no existió la conciencia de lo ilícito,

---

561 Sumamente ilustrativa la precisión realizada por BACIGALUPO, Enrique. En: Tipo y Error. México: Estudios de Derecho Penal y Política Criminal, 1989. p. 57. “Quien obra con error respecto de las circunstancias que pertenecen al tipo penal NO SABE LO QUE HACE (cree disparar sobre un árbol, pero lo hace sobre un hombre que en la oscuridad parecía un árbol); mientras que, quien conoce todas las circunstancias del tipo legal, pero cree que su obrar está permitido, SABE LO QUE HACE, aunque pueda errar sobre el significado de lo que hace. Es objetivamente distinto ignorar que lo que se mata es un hombre, que saber que es una persona, aunque se crea que se obra dentro del límite de lo permitido.” En el primera caso habrá error de tipo, en el segundo error de prohibición.

cuando, a diferencia del conocimiento exigido en el dolo, “para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta”<sup>562</sup>? No existe ningún argumento de peso para justificar hacerlo y, por ende, como bien lo manifiestan MAURACH & ZIPF con esta teoría se terminan fusionando o confundiendo los “defectos de percepción” con los “defectos de valoración”<sup>563</sup>.

**Segundo;** Con la aplicación de dicha doctrina se generan resultados contrarios a los lineamientos de política-criminal y al “sentimiento de justicia”<sup>564</sup> puesto que en casos de error vencible, aunque exista posibilidad de atenuación, la persona termina siendo castigada por el delito doloso.

**Tercero;** En el caso de *las justificantes putativas vencibles*, al igual que ocurre con todo comportamiento descuidado, se puede verificar que el sujeto actúa siempre de forma culposa nunca dolosa. Sin embargo, con la *teoría estricta de la culpabilidad* esta situación de por sí evidente es completamente desconocida, olvidando que “*la función de llamada (del conocimiento del tipo de injusto) no supone ninguna particularidad del dolo frente a la imprudencia, no pudiendo ser inapropiado por causa suya el tratamiento de la suposición errónea de una situación justificante como imprudencia.*”<sup>565</sup>

**Cuarto;** Carece de asidero dogmático y político-criminal que personas, en principio fieles al derecho, cuando llevan a cabo justificantes putativas vencibles deban ser condenados por la realización de delitos dolosos<sup>566</sup>.

**Quinto;** Esta doctrina genera respecto a las justificantes putativas *invencibles* una consecuencia dogmática inaceptable en lo atinente a la teoría jurídica de la participación. Así las cosas, para determinar la relación de los partícipes

562 COLOMBIA. ARTÍCULO 32. no. 11 del Código Penal.

563 Ibid., p. 651

564 JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Op., cit. p. 498

565 JAKOBS, Günther. Derecho Penal, Parte General. Op., cit. p. 448. En idéntico sentido: ROXIN. Op., cit. p. 285.

566 En favor de esta crítica: STRANTENWERTH, Günther. Derecho Penal, Parte General I. Op., cit. p. 271. En contra de este argumento: JAKOBS. Op., cit. p. 448.

con los autores existen al menos tres teorías<sup>567</sup> que han intentado delimitar el *principio de accesoriadad*: (1) la *teoría de la accesoriadad restringida* según la cual para que el partícipe responda penalmente, basta con que la conducta del autor sea típica; (2) la *teoría de la accesoriadad limitada*<sup>568</sup> en la que se exige que la conducta del autor sea típica y antijurídica (injusta); y (3) la *teoría de la hiperaccesoriadad o accesoriadad extrema* según la cual para que el partícipe responda penalmente, la conducta del autor debe ser típica, antijurídica y culpable.

Lamentablemente, la *teoría estricta de la culpabilidad* es **incompatible** (en términos dogmáticos y de justicia) con la *teoría dominante de la participación*; esto es, con la doctrina de la *accesoriadad limitada* porque en casos de *justificación putativa invencible* se haría responsable al *partícipe* de hechos donde el *autor* sería absuelto de responsabilidad dado que el primero habría alcanzado los requisitos mínimos para responder: haber colaborado de alguna forma en la ejecución de una conducta típica y antijurídica realizada por parte del autor. Piénsese en este ejemplo: “A” piensa erróneamente que será asesinado por “B” ante el hecho de haber sido perseguido por este con un revolver. Ante dicha situación su amigo “C” le entrega una pistola para que pueda defenderse de “B”, causándole el señor “A” la muerte a su aparente agresor. Unos minutos después se demuestra que “B” estaba jugando una broma al señor “A” y que para ello había utilizado un revolver de juguete. En este caso, si se utiliza la *teoría estricta de la culpabilidad* y a su vez la *teoría de la accesoriadad limitada*, dominante en la mayoría de legislaciones penales de Iberoamérica, tendría que absolverse al señor “A” por falta de culpabilidad al haber realizado una conducta típica y antijurídica en un error de prohibición indirecto (de carácter invencible) mientras que se condenaría al señor “C” como partícipe de la conducta punible imperfecta (quizás bajo la figura de la complicidad)<sup>569</sup>. Lo dicho, al margen de que

---

567 ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General. Tomo II. Especiales Formas de Aparición del delito. Madrid: Editorial Civitas, 2014. p. 214. La clasificación, sin embargo, es introducida por MAYER, Max. Op., cit. p. 485. En su forma original las llama, respectivamente: accesoriadad mínima (jamás seguida por la ley), accesoriadad limitada (hoy mayoritaria) y accesoriadad extrema (consagrada originariamente por la ley penal alemana).

568 Esta es la teoría vigente en Colombia acorde el ARTÍCULO 30 del Código Penal.

569 Coincidente con esta crítica: FRISTER, Helmut. Op., cit. p. 609.

evidentemente se pueda lograr la absolución de “C” por falta dolo en punto del aspecto cognitivo también afectado.

**Sexto;** Esta teoría puede conducir a contradicciones valorativas en ciertos casos como el siguiente: quien lleva a cabo una conducta con imprudencia consciente de daño en bien ajeno quedaría impune pues la ley no contempla la modalidad culposa para estos casos. En cambio, quien “*comete un delito de daños porque supone, estando inmerso en un error evitable, que es preciso actuar de este modo para evitar un peligro actual para una vida humana (...) seguiría siendo punible.*”<sup>570</sup>

- V. Para otro sector doctrinal se estaría en presencia de una *tercera forma de error* (adicional a la de tipo y de prohibición) que no elimina el dolo, sino la culpabilidad, aunque aplicando los efectos punitivos para la vencibilidad de la justificación putativa que conlleva el denominado error de tipo<sup>571</sup>.

**Primero;** Caben aquí los mismos reparos realizados para la teoría estricta de la culpabilidad en relación con los efectos que causa a la hora de aplicar la accesoriedad en la participación de las conductas punibles. No obstante, debe manifestarse que aun cuando los defensores de esta teoría creen que de todas maneras con ella se brinda una solución óptima para casos en los cuales una persona coopera con dolo íntegro en el hecho realizado por el ejecutor de una causal de justificación putativa (es decir, en aquellos casos donde el cooperador sí sabe que el autor está en un error sobre el tipo permisivo), también es cierto que esta alambicada y a la vez compleja construcción dogmática resulta innecesaria, puesto que en últimos casos como los descritos anteriormente son decididos satisfactoriamente bajo las reglas de la autoría mediata tradicional.

**Segundo;** Siguiendo a ROXIN “*no convence su construcción, según la cual en caso de error de tipo permisivo existiría “injusto de la acción doloso”, pero, en virtud del menor contenido de punibilidad, “se castigaría sólo por imprudencia” La misma contradice el principio de que los conceptos jurídicos se han de definir*

---

570 ESER, Albin y BURKHARDT, Björn. Op., cit. p. 326.

571 Así, por ejemplo, WESSELS/BEULKE, AT, no. m. 478 s. Citado por FRISTER, Helmut. Op., cit. p. 294.

*conforme a sus consecuencias jurídicas. Un delito doloso es una conducta para la que en la ley está prevista la pena correspondiente al dolo; cuando en cambio se considera adecuada la pena del delito imprudente, no tiene ningún sentido llamar dolo a la forma de conciencia que conduce a ese castigo.”<sup>572</sup>*

**Tercero;** No puede serle indiferente al dolo como grado supremo de desvaloración subjetivo de la acción la suposición errónea de una causal de justificación, pues en últimas faltaría el conocimiento de uno de los presupuestos básicos de la prohibición: la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

**Cuarto;** No existe justificación dogmática por parte de ninguno de los defensores de esta teoría, en el sentido de explicar la derivación lógica obtenida de los axiomas principales, acerca del por qué si estructural y punitivamente se le trata a esta modalidad de error permisivo como un error de tipo, la categoría dogmática que se termine eliminando sea la de la culpabilidad y no de la tipicidad subjetiva. En consecuencia, raya con lo absurdo afirmar que un determinado supuesto de hecho sea idéntico en todo a otro, pero que a pesar de ello, sin justificación alguna, sea considerado como una situación fáctica distinta. Esquemáticamente, entonces, los defensores de esta teoría afirman lo siguiente: (1) Las justificaciones putativas en verdad son errores de percepción, no de valoración y por eso se parecen al error de tipo; (2) Dada esa similitud es que se aplican las mismas consecuencias punitivas del error de tipo vencible, tal y como lo sería la penalización exclusivamente de delitos que contemplen la modalidad culposa, en vez de una atenuación fija; (3) A pesar de ello, lo que se afecta es la categoría dogmática de la culpabilidad y no el dolo como lo hace todo error de tipo, porque en últimas el *error en los presupuestos objetivos de una causal de justificación*, al recaer precisamente sobre una justificante, tiene también algo de parecido al error de prohibición indirecto pero sin que llegue a serlo completamente; y (4) Por todo lo anterior, esa hipótesis descrita sería una tercera forma de error cuyas consecuencias punitivas serán las de tipo por analogía, pero su efecto en la atenuación

o eliminación de categorías dogmáticas irán dirigidas exclusivamente a la culpabilidad. Sin embargo, estos razonamientos no pueden aceptarse por cuanto se asemejan a una innecesaria *lex tertia* construida con fragmentos normativos de distintos enunciados, olvidando que la diferenciación que existe entre el tratamiento punitivo de la vencibilidad de los errores (de tipo y prohibición) se realiza es por la *calidad* del conocimiento que se ve afectado (pues uno recae sobre la *percepción* de los hechos mientras que el otro sobre la *valoración* jurídica de los mismos), y que además es justo por esa *calidad* del conocimiento que se parece *el error en los presupuestos objetivos de una causal de justificación* a un *error de tipo*, razón por la cual **no hallaría fundamentación alguna** la conclusión atinente al hecho de que a pesar de tales similitudes (¡en lo esencial!) no se vea también afectado el dolo por la eliminación del conocimiento de la facticidad que lo compone.

### 3.1.4 El sentido de la diferenciación entre el principio de justificación y exculpación.

La razón de ser de las *causales de justificación* y las primeras bases para su consideración como modalidades de “riesgos permitidos” o conductas que “no crean riesgos jurídicamente desaprobados.

Siguiendo al profesor MOLINA FERNÁNDEZ históricamente el término antijuridicidad surgió “como un instrumento del análisis teórico del derecho, y en particular como un concepto aglutinante de las circunstancias que convierten a un hecho (acción o situación) en contrario al ordenamiento jurídico.”<sup>573</sup> Sin embargo, aunque esta categoría dogmática es de carácter general su mayor rendimiento fue obtenido en el seno del Derecho Penal, sin llegar a equipararse con la totalidad de los elementos del delito, sino únicamente con una sección de este, lo que “abrió la puerta a una serie de problemas”<sup>574</sup> cuya existencia jamás se habría dado si, en vez de ello, la identificación entre antijuridicidad e infracción

---

573 MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Antijuridicidad penal y sistema del delito. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 508.

574 *Ibid.*, p. 509. Aunque no por eso este autor llega a proponer el abandono de la sistemática alemana en pro de una simple contraposición objetivo-subjetivo como ocurre en el modelo angloamericano e italiano.

total de la norma no se hubiese producido. De todas formas es imposible desconocer que la génesis de la antijuridicidad (como categoría dogmática independiente) tuvo su razón de ser en el sistema penal por la naturaleza misma del ordenamiento jurídico al encontrarse este compuesto por normas imperativas y permisivas que hicieron surgir la necesidad inexcusable de tener un momento sistemático en el cual se determinara la contrariedad de lo ocurrido con el derecho o la inexistencia de ella por la concurrencia, precisamente, de una autorización o norma claramente permisiva, que sería denominada en el derecho penal con el rótulo genérico de *causales de justificación*, distinguiéndose así de las demás eximentes de responsabilidad, por ejemplo, las *causales de exculpación*.

Al respecto es importante clarificar que estas últimas, a diferencia de las causales de justificación, no son autorizaciones sino *perdones* otorgados en virtud de las condiciones especiales que tienen los ejecutores del hecho prohibido al momento de la realización de tales conductas. En cambio, las *causales de justificación* son concebidas por todos los autores como una lista general de *permisiones*, conductas no-prohibidas o comportamientos jurídicamente autorizados, pero en últimas actuaciones típicas que carecen de antijuridicidad<sup>575</sup>. Así pues, hoy en día es bien conocida la lista usual que agrupa a cada una de ellas (sin que esto implique pensar respecto a su catálogo que opera una especie de *numerus clausus* en vez de un *numerus apertus* pues “no son un problema específico del Derecho penal, sino un problema general del Ordenamiento jurídico”<sup>576</sup>). En este punto es preciso enunciar, las causales de justificación más tradicionales de todas:

- El consentimiento (aunque no así para todos los autores, ni todos los tipos de consentimiento que a veces lo ubican como causal de atipicidad objetiva<sup>577</sup>)
- El estricto cumplimiento de un deber legal

---

575 Así lo resalta muy bien: WILENMANN, Javier. Injusto, justificación e imputación. En: PAWLIK, Michael, *Et al.* La antijuridicidad en el Derecho Penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa. Buenos Aires: Editorial B de F, 2013. p. 126.

576 MUÑOZ CONDE, Francisco. Op., cit. p. 310.

577 Por ejemplo, ROXIN en su Manual, Op., cit. p. 509 y ss.

- El cumplimiento de una orden legítima (una forma de obediencia debida y también de deber legal)
- El ejercicio de un derecho
- El ejercicio de un cargo público
- El ejercicio de una actividad o profesión lícita
- La legítima defensa
- El estado de necesidad justificante

Cualquier manual de derecho penal suele incluir este listado como causales de justificación en apartados cuyas denominaciones son muy similares. Empero, en lo relativo a la *fundamentación* de todas ellas la doctrina no es unánime y pueden mencionarse, por lo menos, las siguientes teorías elaboradas al respecto: (1) la tesis<sup>578</sup> de la “ponderación de intereses” o el “interés preponderante” según la cual se permite la lesión de un bien jurídico en determinados eventos porque éste entra en conflicto con otro bien jurídico o interés de mayor jerarquía que aquél, exceptuándose de ello el *consentimiento* en el cual en realidad se presentaría una “ausencia de interés” que sería precisamente el fundamento especial de dicha causal de justificación; (2) la “teoría del fin”<sup>579</sup> según la cual “lo que justifica (la conducta) es la adecuación y necesidad del medio para un fin justo”<sup>580</sup>, sin embargo, no han sido muchos los adeptos de esta teoría por lo gaseosa de su fórmula; (3) la fundamentación a partir de un *principio utilitarista*: la obtención de más beneficios que sacrificios<sup>581</sup>; y (4) la imposibilidad de establecer un fundamento general a todas ellas, razón por la cual resulta necesario buscar una “razón de ser” para cada causal de justificación en particular<sup>582</sup> y no un principio universal. Desde esta última perspectiva, se suelen emplear diversos criterios de fundamentación, según la causal de que se trate, pudiendo citar entre muchos

---

578 Así por ejemplo MEZGER, Op., cit. p. 408.

579 Seguida por LISZT. Op., cit. p. 333 y ss.

580 LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op., cit. p. 541.

581 Por ejemplo, SAUER, citado por ROXIN. Op., cit. p. 573.

582 Sigue esta corriente, MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. P. 312

otros: la prevalencia del Derecho, el principio de proporcionalidad, el principio del interés preponderante, la ausencia de interés, el principio de necesidad, etc.

Realizadas estas precisiones se efectúa una reconstrucción histórica del principio de justificación (en oposición algunas veces con el principio de exculpación) con el objetivo de demostrar que las *causales de justificación* tuvieron su ubicación sistemática en el estadio dogmático de la “antijuridicidad” por el sentido mismo que históricamente se le dio, en sus inicios, a dicha categoría estructural del delito al ser contrapuesta con la “tipicidad del hecho”, pero que con la reformulación del concepto de tipo penal, hoy en día tal fundamentación resulta ser insuficiente y materialmente incorrecta.

La tajante separación entre “injusto” y “culpabilidad” es el producto quizás de la “*división categorial entre el hecho y su autor, es decir, entre un suceso perturbador ‘desaprobado jurídicamente’ o ‘valorado negativamente’ y el sujeto responsable de semejante hecho.*”<sup>583</sup> Dicho suceso perturbador es la “conducta” lesiva de bienes jurídicos, analizada de forma independiente de las “condiciones” que una persona debe cumplir para ser considerado un autor personalmente imputable o, en otras palabras, ya tradicionales, susceptibles de reproche<sup>584</sup>. Esto a su

---

583 LESCH, Heiko Hartmut. Injusto y culpabilidad en derecho penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 8. Líneas más adelante nos explica que aun cuando el origen de la separación entre *injusto y culpabilidad* es producto de la tajante división, a su vez, entre el *hecho* y su *autor*, “*es decir, entre un suceso perturbador y desaprobado jurídicamente per se, o ‘valorado negativamente’, y el sujeto responsable de tal hecho*” (p. 29), ya no es posible mantener esa conceptualización dado que, según su perspectiva (claramente desde el funcionalismo radical), debe ser entendida como una *comunicación o expresión de sentido* en la cual “*el hecho no puede separarse del autor y la imputación penal no sirve para construir una vinculación entre hecho y autor, sino para establecer qué es en realidad un hecho*” (p. 30). Así pues, la culpabilidad ya no podría ser otra cosa más que el mismo injusto penal y por ende “*la culpabilidad siempre es culpabilidad por el hecho y no culpabilidad del autor*” (p. 31).

584 Siguiendo a MOLINA FERNÁNDEZ Op., cit. p. 27, es importante resaltar que el *injusto no culpable* surgió a partir de la obra de HEGEL y de Rudolf von IHERING. Sin embargo, la fuerza de la postura contraria (proveniente principalmente de la teoría de las normas) y según la cual era imposible concebir el *injusto no culpable* mientras la antijuridicidad fuese entendida como contrariedad de las normas y ellas como prescripciones imperativas, conllevó a que se elaboraran tres tipos de respuesta (entre los defensores de la antijuridicidad sin culpabilidad). La *primera* de ellas fue una teoría que consideró sin lugar a dudas válida la crítica de los opositores y por ello reformuló el concepto de norma (alternativa a la concepción imperativa) manifestando que las “normas” tenían una doble naturaleza: *valorativa* en la antijuridicidad e *imperativa* en la culpabilidad. La *segunda* respuesta en cambio mantuvo el concepto de imperatividad de la norma arguyendo que sí era compatible con la teoría del *injusto no culpable* concibiendo, entonces, una antijuridicidad objetiva. Y, por último, como *tercera* respuesta al problema se renunció a la equiparación entre *antijuridicidad* y *antinormatividad* alegando que la primera constituía la lesión de bienes jurídicos y la segunda la verdadera contrariedad de las normas.

vez, tiene un aspecto negativo encargado de eliminar injusto y culpabilidad respectivamente: las causales de justificación y las causales de exculpación.

Según ROXIN<sup>585</sup> la idea fundamental por la cual se delimitan las *causales de justificación* respecto a las *causales de exculpación* es porque las primeras implican siempre una colisión de intereses en donde sólo uno de ellos termina prevaleciendo siendo ello un conflicto social que exige una regulación adecuada, mientras que las segundas (a las que llama exclusión de responsabilidad penal) proporcionan criterios para que el Derecho pueda negar la posibilidad o necesidad político-criminal de la pena en un caso concreto, a pesar del “*carácter socialmente erróneo de la acción*” y a pesar, también, de su antijuridicidad. Por estas razones, gracias a las primeras es posible conocer la diferencia entre lo que es acorde a Derecho y lo que es injusto, y por las segundas las situaciones especiales que convierten en innecesaria la punición de un acto esencialmente antijurídico.

Para una mejor comprensión de la tesis roxiniana es importante recordar su concepto de culpabilidad. Así pues, según el profesor alemán el castigo que se le impone a una persona depende no solo de la culpabilidad sino también y del mismo modo de exigencias preventivas. Y ello por cuanto la pena debe lograr que el sentenciado jamás vuelva a ser condenado y se resocialice, favoreciendo a su vez la conciencia jurídica del pueblo al mostrarle las consecuencias de los comportamientos punibles. Por ende, la *responsabilidad penal* como último elemento del delito sería la suma de: (1) la existencia de *culpabilidad* del autor o partícipe basada en la accesibilidad o apelabilidad normativa y (2) la *responsabilidad en sentido estricto* conformada por la “necesidad preventiva de sanción penal”, “necesidad preventiva de pena” o “necesidad de prevención”. Desde dicha óptica, mientras que en una *causal de justificación* no hay injusto por expresa autorización del legislador para actuar, en una *causal de exculpación* (que en ROXIN en realidad excluye es la responsabilidad penal) al sujeto activo NO se le permite actuar tal y como lo hizo, pero dado el especial contexto en el cual sucedió todo se le *perdona* por cuanto el ordenamiento jurídico considera innecesaria la imposición de esa pena dado que: *primero*, son situaciones muy

---

585 ROXIN, Claus. *Las causas de justificación y de exculpación y su delimitación de otras causas de exclusión de la pena*. En: *La teoría del delito en la discusión actual*. Tomo I. Perú: Ediciones Griley, 2016, pp. 224 y ss.

raras y *segundo*, no se requiere el influjo preventivo especial resocializador pues en últimas el autor o partícipe no se comportó lesivamente por falta de socialización o interiorización de normas sociales o jurídicas sino con ocasión de una situación extrema difícil de afrontar.

Ahora bien, en cuanto a las *razones prácticas* por las que ROXIN considera que deben distinguirse las *causales de justificación* de las *causales de exculpación* tenemos las siguientes:

- I. Importancia de la doble vía: la pena se vincula a la culpabilidad, en cambio la medida de seguridad al injusto.
- II. La importancia para la punibilidad de la participación: La participación en una conducta justificada tiene que ser siempre impune, pues cuando el hecho mismo está permitido y cumple con las exigencias jurídicas impuestas a la conducta, cualquier otra contribución con este hecho tiene que estar sometida a la misma valoración. Por el contrario, la punición de la participación de una acción injusta pero inculpable es posible gracias a la teoría vigente de la accesoriadad limitada.
- III. La importancia para el derecho de legítima defensa: En las acciones exculpadas estaría permitida la legítima defensa, pero no en las acciones justificadas.
- IV. La importancia para la teoría del error: el error en los presupuestos objetivos de una causa de justificación elimina el dolo y si es vencible la pena será por la forma culposa, en cambio el error en los presupuestos objetivos de una causa de exculpación deja intacto el dolo y si es evitable atenúa la pena de forma fija.

La explicación, por el contrario, del fundamento mismo de las *causales de justificación* que realizan JESCHECK Y WEIGEND<sup>586</sup>, a diferencia de ROXIN, no es la *solución de los conflictos sociales*, sino la natural coexistencia en el ordenamiento jurídico

---

586 JESCHECK Y WEIGEND. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Op., cit. p. 346 y ss.

de *prohibiciones* y *autorizaciones* que bajo ciertos presupuestos hacen inaplicables aquellas. A esas autorizaciones, se les suele llamar *tipo permisivo*, *proposiciones permisivas*, *tipos de justificación* o simplemente causales de justificaciones que prevalecen sobre el tipo de injusto. Y ello ocurre así por cuanto los tipos penales no pueden abarcar, cuantitativamente, las causales de justificación dado que tornaría las descripciones legales repetitivas, farragosas y exageradamente extensas, corriéndose además el riesgo de no incluir alguna justificación que fuera importante, pero que en el momento de redactar la ley se olvidara.

No obstante, coinciden con ROXIN, en diferenciar las *causales de justificación* de las *causales de exculpación* a partir de las mismas dos ideas centrales expuestas anteriormente: la justificación se trata de bienes o intereses enfrentados donde sólo uno de ellos prevalece, mientras que la exculpación es una situación excepcional que convierte en “inadecuado el reproche culpabilístico por la comisión del hecho antijurídico.”<sup>587</sup>

MAURACH & ZIPF<sup>588</sup> consideran que mediante la acción prohibida la ley penal no es infringida o lesionada, sino por el contrario realizada, dado que la verdadera lesión se presenta es respecto a la norma que antecede lógicamente al tipo penal en donde lo único que se hace es consagrar la sanción correspondiente a la violación de la prohibición o el mandato ubicados por fuera del Código Penal. Las *causales de justificación* por lo tanto dejan intacta la tipicidad, pero eliminan la antijuridicidad al conceder “un verdadero derecho, que el titular puede incluso hacer prevalecer mediante el uso adecuado de la fuerza, si ello fuera necesario”<sup>589</sup>. En consecuencia, los efectos prácticos de distinguir las *justificaciones* de las *causales de exculpación* e inclusive de los eventos de atipicidad, en perspectiva de estos autores, serían las siguientes:

- Ante una causal de justificación, el afectado por el comportamiento permitido carece de un derecho a legítima defensa, por cuanto “una acción justificada jamás puede constituir una agresión antijurídica.”<sup>590</sup>

---

587 Ibid., p. 348.

588 MAURACH Y ZIPF. Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Op., cit. p. 423 y ss.

589 Ibid., p. 430.

590 Ibid., p. 431.

- Es completamente indiferente si las razones por las cuales actuó la persona, en virtud de la justificante, constituían una facultad para actuar o una obligación.
- En torno a una conducta justificada no es posible punir al partícipe que concurra a la realización de la misma.
- La provocación del hecho que conllevaría la justificante hace inaplicable la exención derivada de ella.

En las causas de exculpación, en cambio, según MAURACH & ZIPF es evidente que el hecho sigue siendo ilícito, pudiendo inclusive existir participación punible del interviniente no esencial en la conducta prohibida y posibilitándose ejercer la legítima defensa en contra de una acción meramente inculpable. Sin embargo, no se castiga a su autor porque “la ley toma en consideración la humana fragilidad”<sup>591</sup>, haciéndose la salvedad de que como MAURACH considera que el último estadio configurativo del delito es la *atribuibilidad* compuesta por la *responsabilidad por el hecho* más la *culpabilidad*, en casos de estado de necesidad, por ejemplo, lo que falta no es la última de las categorías dogmáticas mencionadas, sino la responsabilidad por el hecho.

En la perspectiva de JAKOBS,

las causas de justificación son motivos jurídicos bien fundados para ejecutar un comportamiento en sí prohibido. A diferencia de lo que ocurre en el comportamiento atípico, en el justificado se trata de un comportamiento socialmente no anómalo, sino aceptado como socialmente soportable sólo en consideración a su contexto, o sea, a la situación de justificación. El comportamiento justificado se distingue del antijurídico, pero no culpable, en que aquél no muestra falta de motivación jurídica dominante; el comportamiento antijurídico, pero no culpable, sí muestra tal falta, pero el autor no es responsable de ella (de lo contrario, el comportamiento sería culpable).<sup>592</sup>

---

591 Ibid., p. 551.

592 JAKOBS, Günther. Derecho Penal, Parte General. Op., cit. p. 419.

De esta forma, la culpabilidad se verá disminuida o eliminada si el autor obra en un contexto de inexigibilidad, donde la infidelidad del Derecho puede ser explicada en virtud de una situación de desgracia para el autor que lo llevó a actuar de esa manera. Así las cosas, mientras que en la justificación existen motivos *jurídicos* para actuar, en la exculpación lo que se presentan son motivos *fácticos especiales y concretos* que constituyen una desgracia inevitable o que al menos son imputables a otras personas y no a él.

Justamente, por estas razones JAKOBS considera que las *causas de exculpación*, a diferencia de las de justificación, buscan responder el siguiente interrogante: ¿“cómo ha de procederse cuando, dicho en términos coloquiales, le resulta especialmente difícil a un determinado autor atenerse a la norma porque su cumplimiento implicaría perder bienes de máximo valor”?<sup>593</sup>. Frente a lo cual explica el profesor de Bonn que la respuesta a dicho cuestionamiento varía según la hipótesis fáctica debatida pues en algunos casos el temor hace inexigible la conducta y por ello exonera de responsabilidad (vgr. el estado de necesidad exculpante), mientras que en otros casos se le obliga a soportar la situación de riesgo para sus bienes jurídicos (ya sea por el *status* especial que le otorga una cierta posición de garantía respecto al sujeto pasivo o porque la situación peligrosa fue ocasionada por el mismo agente de forma culposa o deliberada) evidenciándose, inclusive, en otros eventos que esa misma situación de miedo puede llegar a agravar la pena (por ejemplo, cuando por el temor de ser privado de la libertad por la declaración de un testigo ocular de un delito el agente lo asesina para asegurar su impunidad). En consecuencia, un mismo estado cerebral (exteriorizado bajo la forma de miedo) es *valorado* de forma distinta por el ordenamiento jurídico porque la *culpabilidad* NO se basa en el libre albedrío sino en una particular forma de organización normativa, la verificación de los roles asignados en la sociedad y, finalmente, en la competencia derivada de estos.

Pareciera, entonces, que la mayoría de autores alemanes favorecen la distinción entre *injusto* y *culpabilidad*, así como entre *causas de justificación* y *exculpación*,

---

593 JAKOBS, Günther. Culpabilidad jurídico-penal y “libre albedrío”. En: FELJOO SÁNCHEZ, Bernardo (Editor). Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias. España: Civitas y Thomson Reuters, 2012. p. 198.

esgrimiéndose, según el profesor Harro OTTO, las siguientes razones principales para hacerlo: (1) *motivos socio-pedagógicos* dado que en el ámbito del injusto se “*finge que toda persona tiene libertad y razón*”<sup>594</sup> corrigiéndose tal presunción en el juicio de culpabilidad al comprobarse, por ejemplo, que en el caso concreto la persona era víctima de una insuperable coacción ajena, lográndose de esta manera que la pena no dependa únicamente de una ficción vulneradora de la dignidad humana; y (2) *motivos sistemáticos* porque “*aun cuando el juicio de antijuridicidad presupone mentalmente la capacidad de comprensión del autor y la capacidad de actuar con arreglo a esa comprensión, la medida de esas capacidades es irrelevante para el juicio de antijuridicidad*”<sup>595</sup>, lo cual en cambio se tiene una gran pertinencia en la evaluación de la culpabilidad que por definición es un juicio de desvalor sobre el autor del hecho.

### 3.1.5 La razón de ser de la distinción entre tipicidad y antijuridicidad, así como entre causales de atipicidad y causales de justificación.

Enunciación de la toma de postura al respecto y de los argumentos contrarios a la misma.

**Tesis y argumento:** De conformidad con el desarrollo conceptual e histórico visto hasta ahora la *antijuridicidad* tuvo sentido en los esquemas clásico, neoclásico y finalista porque, principalmente en el primero de ellos, el tipo penal surgió como una categoría dogmática **valorativamente neutra** cuya perspectiva se mantuvo idéntica en los otros dos esquemas citados, aunque con ciertas modificaciones (al incluirse conceptos tales como los *elementos normativos* que sí implicaban un juicio de valoración jurídica anticipada para ciertos tipos penales pero que de todas maneras no convertían la tipicidad en una categoría dogmática valorativa), razón por la cual se **hizo necesario** incluir adicionalmente al juicio de subsunción de los hechos con el tipo penal un estadio, fase o requisito del delito en el cual se analizara la *contrariedad* del hecho investigado con el *ordenamiento jurídico*, dado que la mencionada

---

594 OTTO, Harro. Manual de Derecho Penal. Teoría general del Derecho Penal. Barcelona: Atelier, 2017. p. 318

595 Ibid., p. 319.

neutralidad valorativa de la tipicidad impedía que allí se realizara esto completamente. Sin embargo, al incluirse con el funcionalismo penal la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado* y su *concreción en el resultado* como elementos indispensables de la tipicidad objetiva, ésta última perdió toda neutralidad valorativa **requiriéndose** a partir del ingreso de la imputación objetiva **siempre** un análisis de *contrariedad normativa*; esto es, un juicio de verificación de quebrantamiento del ordenamiento jurídico por parte de la conducta investigada. En consecuencia, como **justamente para cumplir dicha función es que se había creado la antijuridicidad** resulta inevitable concluir que hoy en día carece de sentido continuar manteniendo un *estadio* posterior a la tipicidad en el que tautológica o redundantemente se termina realizando el **mismo** juicio de valor que se lleva a cabo en ella.

A partir de dicha perspectiva histórica, se distinguía igualmente entre *causales de atipicidad* y *causales de justificación*, al definir las primeras como aquellos eventos en los que el *hecho efectivamente demostrado* no encuadraba con el *supuesto de hecho* previsto en el tipo penal, sin que se requiriera para tal verificación un juicio valorativo de juridicidad, sino tan solo la simple comparación entre la hipótesis fáctica y la norma penal, salvo en aquellos casos en los cuales excepcionalmente el tipo consagraba como elementos configurativos adicionales los denominados elementos normativos. Por el contrario, en las *causales de justificación* sí se realizaba un examen de valoración jurídica a los hechos que eran considerados por el analista como formalmente típicos.

No obstante, según la postura aquí defendida y que será desarrollada en los próximos acápite aun cuando la *antijuridicidad* carece de sentido como un estadio posterior e independiente de la *tipicidad*, puesto que en el examen de *imputación objetiva* realizado al interior de ésta ya se satisface todo juicio de *contrariedad normativa* o valoración de la juridicidad de la conducta, se defiende la **tesis** de que es necesario mantener como categoría autónoma y diferenciable de otras formas de atipicidad las *causales de justificación*. Por lo tanto, como el **juicio de tipicidad** estaría compuesto por (1) un juicio de subsunción lógico; (2) un juicio imputación fáctica o del hecho empírico; (3) un juicio de imputación objetiva y (4) un juicio de imputación subjetiva, veríamos que la **atipicidad del hecho** podría presentarse por eventos de *atipicidad formal o falta de subsunción lógica, ausencia de imputación fáctica, ausencia de imputación*

*objetiva y ausencia de imputación subjetiva.* En cuanto a la *ausencia de imputación objetiva* esta tendría como **fuentes** o causales las siguientes:

I. La *falta de creación* de un riesgo por:

- Disminución del riesgo

II. La *inexistencia misma del riesgo* por:

- Ausencia de lesividad al tratarse de: a) una conducta carente de peligrosidad por inidoneidad del comportamiento; b) una conducta de bagatela o insignificante; o c) una conducta socialmente adecuada.

III. La *falta de desaprobación jurídica del comportamiento* por tratarse de:

- Un riesgo permitido que puede ser: a) de tipo *general* si tiene como base una norma jurídica extrapenal, y b) de tipo *situacional* si tiene como base: 1. **Una causal de justificación**; 2. El principio de confianza; 3. La prohibición de regreso; o 4. Una norma de cuidado proveniente de los reglamentos, la *lex artis* o la figura del modelo diferenciado.

IV. La *falta de relación de riesgo o ausencia de realización del riesgo en el resultado* por

- Inevitabilidad del resultado dado que: a) una conducta alternativa conforme a derecho en nada lo habría cambiado; b) porque dicho resultado fue el producto de un *riesgo general de la vida*; o c) fue producto de una fuerza mayor
- Tratarse de resultados no cubiertos por el ámbito de protección de la norma jurídica: a) a nivel general o b) por configurarse una acción a propio riesgo.
- Caso fortuito

### 3.1.6 La perspectiva del funcionalismo y las teorías eclécticas del delito:

Para desarrollar este acápite es necesario iniciar con una serie de preguntas: ¿Por qué si el tipo penal al incluir la imputación objetiva se convirtió en una categoría dogmática valorativa de la juridicidad del comportamiento vemos que el funcionalismo, paradigma de dicha perspectiva, sigue insistiendo en mantener la antijuridicidad como categoría autónoma y posterior de la tipicidad? ¿Por qué no se renuncia a ella? ¿Qué funciones acaso cumpliría la antijuridicidad que llevan a los funcionalistas y eclécticos a considerar que la tipicidad es incapaz de satisfacer en el esquema del delito a pesar de la transformación que para ella conllevó la inclusión de la denominada imputación objetiva del comportamiento? Para dar respuesta a dichos interrogantes vamos a identificar cada uno de sus argumentos en el próximo acápite que serán rebatidos con base en la tesis aquí expuesta.

Al respecto, el profesor ROXIN fundamenta la *separación* entre tipicidad y antijuridicidad en lo siguiente: (1) el objeto de la prohibición es distinto, por cuanto en la tipicidad lo constituye “la peligrosidad de alcanzar el riesgo mediante acto del autor”<sup>596</sup> mientras que en la antijuridicidad el objeto lo sería la contrariedad del comportamiento típico con el derecho en general; (2) también existiría como razón adicional para distinguir ambos estadios de análisis el hecho de que “*el cumplimiento del riesgo permitido no se puede interpretar como una causa de justificación*”<sup>597</sup> por cuanto las causas de justificación, a diferencia de lo que ocurre con las situaciones excluyentes de imputación objetiva tales como el riesgo permitido, conllevan una necesaria ponderación o valoración individual del caso concreto. Así pues, “la tipicidad y la antijuridicidad no se pueden confundir, si la imputación objetiva y, con ello, la realización de la tipicidad objetiva se basan en el principio del riesgo.”<sup>598</sup> Y (3) la tipicidad tiene como función exclusiva determinar las conductas que serán objeto de la ley penal para materializar así el principio de *nullum crimen sine legem praevia*, mientras que la antijuridicidad sería el espacio en el cual se producen *las soluciones*

---

596 ROXIN, Claus. Problemas de la imputación objetiva. En: ROXIN, Claus. Sistema del hecho punible 2. Ilícito y justificación. Buenos Aires: Hammurabi José Luis Depalma Editor, 2015. p. 143.

597 Ibid., p. 143.

598 Ibid, p. 144.

*sociales de los conflictos* puesto que allí sería “el campo en el que chocan los intereses individuales opuestos o las exigencias sociales con las necesidades del individuo. Cuando se trata de conciliar las intervenciones necesarias de carácter administrativo con el derecho a la personalidad en general y con la libertad de actuación del ciudadano, o cuando situaciones de necesidad inminentes e imprevisibles exigen una decisión: se trata siempre de la regulación, socialmente justa, de intereses contradictorios.”<sup>599</sup>

Igualmente, JAKOBS considera necesario mantener la distinción entre *tipicidad/antijuridicidad* y *exclusión del tipo/justificación* teniendo en cuenta que: (1) el *tipo penal* es entendido como el conjunto de elementos a partir de los cuales se define o describe el comportamiento externo (tipo objetivo) que es anticipado (dolo) o anticipable (culpa) por el agente en el cual la *imputación objetiva* lo único que hace es determinar, independientemente del contexto, “las propiedades objetivas y generales de un comportamiento imputable”<sup>600</sup> sin que con base en ella llegue a emitirse un juicio en el que, partiendo, ahí sí, de un contexto social determinado, pueda concluirse la efectiva contrariedad de la conducta con el derecho vigente examinado (*antijuridicidad*). Coherentemente con esa postura JAKOBS argumenta también la necesidad de tales distinciones de la siguiente manera: (2) la exclusión de la tipicidad se presentaría por todo aquello que “sin tener en cuenta el contexto, no defrauda expectativas”<sup>601</sup> mientras que las causales de justificación “son motivos jurídicos bien fundados para ejecutar un comportamiento en sí prohibido. A diferencia de lo que ocurre en el comportamiento atípico, en el justificado se trata de un comportamiento socialmente no anómalo, sino aceptado como socialmente soportable sólo en consideración a su contexto, o sea, a la situación justificante.”<sup>602</sup>

Para FRISTER “requisito de una causación del resultado jurídicamente reprobada no significa que en el marco de la imputación objetiva ya haya que realizar todo el análisis de antijuridicidad. El tipo objetivo de un delito de resultado está cumplido ya cuando el resultado ha sido causado en una forma

---

599 ROXIN, Claus. Política criminal y sistema del derecho penal. Buenos Aires: Hammurabi José Luis Depalma Editor, 2002. p. 58-59.

600 JAKOBS, Günther. Derecho Penal, Parte General. Op., cit. p. 224.

601 Ibid., p. 246.

602 Ibid., p. 419.

**en general** reprobada.”<sup>603</sup> Para ello se debe considerar por separado el curso causal y, únicamente si de la forma en que se produjo el resultado se concluye la desaprobación de éste, existirá entonces imputación objetiva. Por el contrario, si la aprobación jurídica proviene de *casos concretos* o por *circunstancias ajenas al curso causal* su análisis desbordará la imputación objetiva y tendrá que acudir a la *antijuridicidad* justamente para determinar si existe justificación del hecho o no. Las *causas de justificación* para FRISTER, a diferencia de las causales de atipicidad, “no son una materia específica del Derecho penal, sino que pueden derivarse de todo el ordenamiento jurídico. Dado que ellas tienen efectos en favor del autor, ni siquiera tienen que estar reguladas legalmente, sino que pueden resultar también del Derecho consuetudinario.”<sup>604</sup>

Por último, JESCHECK & WEIGEND desde la perspectiva ecléctica del derecho penal, aun cuando reconocen que la imputación objetiva es un elemento del tipo penal encargado de limitar eventualmente la responsabilidad que se deriva de la mera causación del resultado mediante criterios plenamente normativos, consideran que la función de la tipicidad es simplemente mostrar que una acción u omisión encaja en los elementos constitutivos del tipo penal en donde se consagran las prohibiciones penales no llegando dicha figura legal a abarcar las *proposiciones permisivas* que convertirían en ineficaz el deber jurídico derivado del tipo de injusto. Por lo tanto, como “el tipo de injusto no puede acoger por sí mismo a los elementos del tipo de la causa de justificación, pues idóneamente sólo está determinado para dar cabida a un resumen de los elementos típicos del hecho punible”<sup>605</sup> se hace indispensable adicionar la *antijuridicidad* en donde se verificaría si interviene o no una causa de justificación.

---

603 FRISTER, Helmut. Derecho Penal, parte general. Op., cit. p. 199.

604 Ibid., p. 265.

605 JESCHECK y WEIGEND. Op., cit. p. 346.

## 3.2 RIESGO PERMITIDO Y CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN

### 3.2.1 La estructura general de las causales de justificación

3.2.1.1 *Objeto de la justificación*: Las causales de justificación tienen como objeto la *tipicidad* de la conducta y no la acción u omisión como totalidad. De esta manera, siguiendo a FRISTER, si una persona le prendiera fuego a un bien inmueble (una casa) por expresa autorización del dueño la conducta *típica* del atentado al patrimonio económico denominada *daño en bien ajeno*<sup>606</sup> alcanzaría a estar cubierta por el *consentimiento* como causal de justificación. Sin embargo, el espectro de permisión de dicha justificante no lograría abarcar la conducta examinada de forma independiente de su *tipicidad* infractora del patrimonio económico; esto es, como totalidad, razón por la cual el agente sí podría responder penalmente por el delito de *incendio*<sup>607</sup> ocasionado con su comportamiento por cuanto la puesta en peligro de la seguridad pública de los moradores vecinos o residentes habituales del lugar donde habría ocurrido

---

606 COLOMBIA. ARTÍCULO 265 del Código Penal. DAÑO EN BIEN AJENO. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe bien ajeno, mueble o inmueble incurrirá en prisión de dieciséis (16) a noventa (90) meses y multa de seis punto sesenta y seis (6.66) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

La pena será de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses de prisión y multa hasta de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando el monto del daño no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si se resarcire el daño ocasionado al ofendido o perjudicado antes de proferirse sentencia de primera o única instancia, habrá lugar al proferimiento de resolución inhibitoria, preclusión de la investigación o cesación de procedimiento.

607 COLOMBIA. ARTÍCULO 350 del Código Penal. INCENDIO. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que con peligro común prenda fuego en cosa mueble, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la conducta se realizare en inmueble o en objeto de interés científico, histórico, cultural, artístico o en bien de uso público o de utilidad social, la prisión será de treinta y dos (32) a ciento ochenta (180) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena señalada en el inciso anterior se aumentará hasta en la mitad si la conducta se cometiere en edificio habitado o destinado a habitación o en inmueble público o destinado a este uso, o en establecimiento comercial, industrial o agrícola, o en terminal de transporte, o en depósito de mercancías, alimentos, o en materias o sustancias explosivas, corrosivas, inflamables, asfixiantes, tóxicas, infecciosas o similares, o en bosque, recurso florístico o en área de especial importancia ecológica.

el atentado no alcanzaría a estar cubierta por la autorización que otorgara el propietario del bien inmueble incinerado.

Para algunos, a la hora de valorar la antijuridicidad del acto tan solo se tiene en cuenta la acción típica, sin tener en consideración el *resultado* producido aun cuando se trate de un delito de resultado, razón por la cual “un mismo resultado típico puede estar producido en forma a la vez justificada y antijurídica. Así, p. ej., si A lesiona el brazo de B de modo tan grave que B tiene que dejar que el brazo le sea amputado en el hospital, A habrá causado antijurídicamente la pérdida del brazo (...) aunque la realización de la amputación misma estará justificada por el consentimiento de B.”<sup>608</sup> Con idénticos argumentos, de forma muy discutible, FRISTER dice que tan irrelevante es el resultado que si, por ejemplo, alguien en estado de ebriedad conduce un vehículo a toda velocidad porque intenta salvar la vida de un pasajero llevándolo al hospital y camino hacia su destino sufre un accidente de tránsito en el cual pierde la vida un tercer sujeto (conductor, por ejemplo, de otro vehículo) no interesará el resultado “muerte” ocurrido, puesto que aun cuando el deceso haya sido una consecuencia desaprobada esta habrá ocurrido con ocasión de una acción justificada. Por lo tanto, y, en conclusión: si la acción es justificada aun cuando el resultado no lo sea, no habrá delito. En cambio, si la acción estaba prohibida, aun cuando el resultado estuviese justificado, sí habrá delito pues la justificación o no del resultado es totalmente irrelevante.

3.2.1.2 *Estructura*: Teniendo en cuenta que las causales de justificación son consideradas normalmente como tipos permisivos es común dividirlos al igual que los prohibitivos en dos partes: tipo permisivo objetivo y tipo permisivo subjetivo.

Los **presupuestos objetivos** del tipo permisivo deben ser deducidos de la regulación legal respectiva o del derecho consuetudinario en donde se consagra la justificante. Sin embargo, algunos autores consideran necesaria la construcción de *criterios generales de imputación objetiva* frente a lo cual se plantean como situaciones problemáticas las siguientes:

---

608 FRISTER. Op., cit. p 279.

“Con la expresión “imputación objetiva en el seno de las causas de justificación” se designará aquí el siguiente problema: si tiene sentido una transferencia *mutatis mutandis* del modelo basado en los conceptos de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (comportamiento típico) y de la realización del riesgo en el resultado lesivo (imputación objetiva), propios de la teoría del tipo de injusto específico, al ámbito de la teoría del tipo de permisión (o tipo de justificación). En otras palabras, si es posible extraer alguna consecuencia del examen de la relación objetiva de sentido que pueda existir entre el comportamiento justificado *ex ante* y el resultado *ex post* de justificación.

(...)

Sin embargo, una traslación del método seguido en el ámbito de la tipicidad objetiva *stricto sensu* obligaría a considerar también aquí, de modo previo al juicio sobre el lado subjetivo del tipo permisivo, la concurrencia *ex ante* de una situación justificante y una acción justificada adecuadas para producir el resultado de justificación. En efecto, en el ámbito de la teoría de la tipicidad objetiva *stricto sensu*, si la conducta no era *ex ante* adecuada para lesionar el bien jurídico, entonces la mera causación del resultado lesivo (por ejemplo, en virtud de una desviación causal objetivamente imprevisible) resulta insuficiente para la imputación objetiva de dicho resultado lesivo a la conducta. Pues bien, aplicando este criterio al ámbito de las causas de justificación, si la conducta del sujeto —en el contexto correspondiente— resulta *ex ante* inadecuada para la producción de un resultado justificante entonces, pese a que dicho resultado salvador se produzca en virtud de desviaciones causales imprevisibles, este no debería poder imputarse a la conducta del agente. Lo que significaría que el agente no podría verse en absoluto beneficiado por ese factor de azar positivo igual que tampoco se vería perjudicado por la causación azarosa de una lesión en términos inadecuados. La cuestión es si esta traslación del método es correcta. Ello hace necesario el siguiente análisis.”<sup>609</sup>

---

609 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Imputación objetiva y causas de justificación. Un (mero) intento de distinguir. En: Revista de Derecho Penal Contemporáneo, Editorial Legis. Jul.-Sep, 2015. no. 52.

Igualmente, dentro de los presupuestos objetivos aplicables a toda causal de justificación se encuentra la *condición particular del sujeto activo* que pretende ser amparado por la justificante, puesto que en el caso de funcionarios policiales ellos poseen adicionalmente un derecho y una obligación a intervenir en los denominados casos de “*peligro aparente*” razón por la cual

“el afectado estará ya entonces obligado a tolerar la neutralización del peligro, si, en virtud de la situación objetivamente reconocible, había que partir de la base de que existía un peligro. Este **privilegio de error** del funcionario público es una consecuencia del monopolio de la fuerza estatal. (...) Si uno pudiera defenderse con violencia contra el actuar estatal habido conforme al deber, en virtud de un conocimiento mejor (...) decaería la función de consolidación de la paz que le cabe a la solución de los conflictos por parte del Estado.”<sup>610</sup>

Parece, no obstante, olvidar FRISTER que la premisa correcta que debería soportar su análisis no es el hecho de que el servidor público tenga el *privilegio del error*, sino que al actuar éste en estricto cumplimiento de un deber, en ejercicio de un derecho o por su cargo público el comportamiento que este ha desplegado ya quedaría justificado con ocasión de dichas circunstancias, más allá de la existencia de justificantes adicionales reales o figuradas (como lo sería un estado de necesidad o una legítima defensa), impidiéndose así que el particular pudiera responder *justificadamente* a la fuerza pública por la sencilla regla de que no es posible la concesión de una justificante dirigida contra una acción ya justificada; o en otras palabras, porque no existe justificación de la justificación.

Por último, en cuanto a los **presupuestos subjetivos** de las causales de justificación se plantean los siguientes interrogantes: ¿Depende de alguna medida la justificación de elementos subjetivos? Si así es: ¿qué presupuestos o requisitos materiales hay que exigir de los elementos subjetivos de justificación? ¿Qué efectos tiene, si se exigen elementos subjetivos de justificación, su falta: la pena del delito consumado o la de la tentativa?

---

610 FRISTER. Op., cit. p. 279.

En sus inicios<sup>611</sup>, el estudio de la antijuridicidad se limitó a verificar la existencia de una contradicción *objetiva* entre el hecho y la norma como consecuencia del traslado que la ciencia penal había realizado de dicho concepto del derecho civil, elaborado inicialmente por JHERING, hasta la teoría del delito alemana. Esto, a su vez, conllevó a que el aspecto negativo de la antijuridicidad, la justificación, también fuese teorizada por el *Esquema Clásico* como una categoría dogmática **plenamente objetiva** en la cual no se necesitaba la comprobación de factores subjetivos tales como el *saber* que se actuaba en una situación justificante y *querer* actuar “con base en” o “*motivado por*” la misma para su reconocimiento.

Posteriormente, gracias al descubrimiento de *ciertos elementos subjetivos* en el injusto civil por parte de FISCHER en 1911, HEGLER un teórico del Derecho Penal alemán, decidió aplicar en 1914 tales consideraciones al esquema del delito señalando que “en algunos casos el surgimiento del injusto penal estaba condicionado a la verificación de ciertas intenciones o ánimos de tipo especial en el sujeto, como sucede por ejemplo en los delitos de tendencia interna trascendente.”<sup>612</sup> Sin embargo, conforme la doctrina mayoritaria de la época tal postura no fue trasladada al ámbito de las causales de justificación y por ende siguió pensando que tales requisitos eran innecesarios.

Por lo tanto, sería solamente hasta el finalismo (aunque ya con WEBER había comenzado el proceso de subjetivación del injusto y de las causales excluyentes de antijuridicidad) que las normas permisivas encontrarían como elementos necesarios para su reconocimiento la concurrencia de ciertos elementos subjetivos.

Hoy en día el estado de la cuestión es la siguiente: la postura mayoritaria considera que para la configuración completa de la justificante es un requisito *sine qua non* la coherencia entre el aspecto *objetivo* y *subjetivo* (teoría de la congruencia) y que por ende la inexistencia del elemento subjetivo en el sujeto actuante impide el reconocimiento de la respectiva causal de justificación. No obstante, “a tales

---

611 Una muy precisa reconstrucción histórica del problema en: ARAQUE, Diego. La discusión sobre el elemento subjetivo en las causas de justificación. En: ARAQUE, Diego (Coordinador Académico). Estudios de Derecho Penal. Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla. Medellín: Universidad de Medellín, Sello Editorial, 2015. p. 799 y ss.

612 Ibid., p. 802.

efectos, se debate si simplemente se requiere el conocimiento de la situación que daría lugar a la eximente o si, además, es requisito adicional que el sujeto quiera actuar bajo los presupuestos de la situación de justificación.”<sup>613</sup> Algunos autores inclusive consideran que adicionalmente al simple “querer” del sujeto debe existir un *móvil especial* para que se le pueda conceder la justificante.

Esto trae como consecuencia jurídica la siguiente: si un sujeto actúa en una situación en donde *objetivamente* se dan todos los presupuestos para que se configure una legítima defensa o un estado de necesidad justificante, por ejemplo, pero careciendo del ingrediente *subjetivo* exigido por el doctrinante respectivo (cognitivo, volitivo o ambos) tendría que imputarle a dicha persona la comisión de un delito consumado por cuanto no podría reconocérsele la causal justificante en la cual objetivamente habría actuado la persona. Esta tesis fue esgrimida principalmente por el finalismo ortodoxo del siglo pasado.

Ilustrativamente, se puede citar como hipótesis de dichas situaciones las siguientes:

- Una persona “X” odia profundamente a su vecino así un día decide dirigirse hasta el balcón de éste y desde la calle lanzar una piedra contra la ventana del segundo piso de su casa; acción que efectivamente realiza y luego huye del lugar. Sin embargo, lo que “X” desconocía es que en ese momento el vecino, su esposa y su pequeño hijo de meses dormían en dicha habitación y estaban próximos a fallecer porque el gas domiciliario de la casa se había esparcido por toda ésta raíz de una fuga logrando inclusive que los tres habitantes se desmayaran momentos antes de la ruptura del ventanal. De esta manera, se siguiera la *teoría de la congruencia* (en cualquiera de sus versiones) aun cuando es claro que todos los presupuestos objetivos del *estado de necesidad justificante* están dados, la carencia de los requisitos subjetivos exigidos por tales doctrinantes (conocer la situación justificante y actuar motivado por ello) impediría el reconocimiento de la eximente de responsabilidad frente al delito de *daño en bien ajeno*, razón por la cual la persona “X” a pesar de haber salvado con su acto a tres personas lo

judicializarían por el delito mencionado que sirvió de mecanismo para la acción de salvamento referida.

- A su vez, ROXIN pone los siguientes ejemplos<sup>614</sup>:

“Ejemplo 1: Una esposa enojada derriba a golpes a altas horas de la noche a un ladrón armado que estaba abriendo la puerta de la casa, creyendo erróneamente tener ante sí a su marido de vuelta otra vez de una juerga.”

Trayendo a Colombia el presente ejemplo y utilizando para su solución la *teoría de la congruencia* en la versión que considera que existe un delito consumado si la persona carece del elemento subjetivo exigido para el reconocimiento de la justificante, la esposa respondería efectivamente por la conducta punible de “lesiones personales” dolosas de los artículos 111 del CP y siguientes, a pesar de que los presupuestos objetivos del artículo 32 numeral 6 *ibidem* estarían satisfechos respecto a la “legítima defensa presunta o privilegiada” allí regulada.

“Ejemplo 2: El ciclista C se acerca por detrás a la señora S, con la intención de arrebatarle el bolso al pasar a su lado. Poco antes de alcanzarla, el paseante P, encolerizado por un motivo fútil, le da un empujón. C se cae, se lesiona en una pierna, ve dañada su bicicleta y ya no puede realizar su plan. P ha previsto y querido las dos consecuencias dañosas.”

Continuando con la lógica de solución del ejemplo 1, en este caso el paseante “P” respondería penalmente por la comisión del delito de “lesiones personales dolosas agravadas por motivo fútil”<sup>615</sup> aun cuando *objetivamente* se darían los presupuestos exigidos para la legítima defensa de terceros,

614 ROXIN, Claus. Derecho penal, parte general. Op., cit. p. 596.

615 COLOMBIA. ARTÍCULO 111 del Código Penal. LESIONES. *El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes.* COLOMBIA. ARTÍCULO 119 del Código Penal. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. <Artículo modificado por el artículo 200 de la Ley 1098 de 2006. Rige a partir del 8 de mayo de 2007. Ver Legislación anterior para texto vigente antes de esta fecha. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando con las conductas descritas en los artículos anteriores, concurra alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 104 las respectivas penas se aumentarán de una tercera parte a la mitad.  
COLOMBIA. ARTÍCULO 104 del Código Penal. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION. (...) 4. Por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil.

tan solo, por la carencia del elemento subjetivo exigido por algún sector de la doctrina.

*“Ejemplo 3: A perturba o interrumpe el servicio de culto religioso (§ 167) y hace que los asistentes abandonen la iglesia al dar fuertes gritos de que se ha declarado un gran incendio en el lugar. A había recibido esa información en la calle, pero la había tomado erróneamente por una gamberrada en la que pretendía tomar parte.”*

El último ejemplo de ROXIN, aplicando los parámetros de solución reseñados, conlleva a responsabilizar penalmente la conducta de “A” por el delito de *Impedimento y perturbacion de ceremonia religiosa* previsto en el artículo 202<sup>616</sup> del CP sin importar que gracias a esa interrupción se salvaron la vida de muchas personas. Por lo tanto, ante la carencia de los presupuestos *subjetivos* de la eximente aplicable y que sería el estado de necesidad justificante del art. 32 numeral 7 del CP, poco importaría el cumplimiento de los requisitos objetivos que para tal ausencia de responsabilidad se encuentran previstos.

Sin embargo, las consecuencias jurídicas mencionadas resultan dogmáticamente incorrectas porque como bien lo pone de presente JAKOBS el reconocimiento de un delito consumado implicaría: (1) permitirle a un tercero la posibilidad de impedir la acción salvadora del sujeto que actúa con desconocimiento de la justificante a través de una legítima defensa de terceros o por medio de un estado de necesidad defensivo. Por lo tanto, desde dicha perspectiva cualquiera estaría autorizado a impedir que la persona “X” salve a la familia que se está ahogando con el gas evitando, por ejemplo, el lanzamiento de la piedra e igualmente existiría autorización para detener a la esposa enojada, al paseante “P” y el señor “A” en los ejemplos de ROXIN. Y (2) porque en lo atinente a los efectos que tal postura tendría respecto a la teoría de la participación se verifica que estos serían completamente inadecuados al fundamentar la responsabilidad penal del cómplice que actuando con dolo de justificación prestara una ayuda de

---

616 COLOMBIA. ARTÍCULO 202 del Código Penal. *IMPEDIMENTO Y PERTURBACION DE CEREMONIA RELIGIOSA. El que perturbe o impida la celebración de ceremonia o función religiosa de cualquier culto permitido, incurrirá en multa.*

salvamento al autor cuyo comportamiento careciera justamente del elemento subjetivo doctrinalmente exigido.

Empero, el profesor JAKOBS tampoco considera adecuada la solución de la impunidad dado que “*el autor realiza un comportamiento que defrauda expectativas sin conocer el motivo bien fundado para la ejecución.*”<sup>617</sup> Por lo tanto, propone como solución para dicha problemática la aplicación de la reglas de la tentativa y en consecuencia punir la persona por delito frustrado, no consumado.

Por el contrario, la tesis de ROXIN apunta en otra dirección: no puede ser conforme a Derecho o justificada una conducta que, sobre la base de la representación del sujeto, constituye la realización de un delito por lo tanto para aceptar la configuración efectiva de una justificante es en principio suficiente que el sujeto actúe objetivamente en el marco de lo justificado y subjetivamente con conocimiento de la situación justificante sin que se requiera una *intención* o propósito particular, por cuanto en tal caso tiene dolo de hacer algo objetivamente conforme a Derecho.

Ahora bien, si al sujeto le falta el elemento subjetivo de justificación (es decir, si actúa objetivamente de forma correcta, pero desconociendo la situación de justificación), entonces existirá una **tentativa inidónea** por la cual el sujeto no responderá si penalmente la misma no se encuentra criminalizada. En dichos casos se dice que se configura una tentativa inidónea porque “el resultado de injusto objetivamente no se ha producido y el desvalor de la acción por sí solo únicamente puede fundamentar una tentativa. Se trata aquí de una aplicación directa y no sólo analógica de las reglas de la tentativa.”<sup>618</sup>

Esta última tesis de la tentativa inidónea y también la de JAKOBS de la reglas generales previstas para toda tentativa como soluciones para los casos en los cuales el autor actúa sin la concurrencia del conocimiento de la justificante (elemento subjetivo mínimo exigido para el reconocimiento de la eximente) es defendida ampliamente por múltiples autores alemanes tales como:

---

617 JAKOBS, Günther. Derecho Penal, parte general. Op., cit. p. 434

618 Ibid., p. 600.

STRATENWERTH<sup>619</sup>, ESER y BURKHARDT<sup>620</sup>, JESCHECK y WEIGEND<sup>621</sup>, MAURACH & ZIPF<sup>622</sup>, entre otros.

Finalmente, se esgrime como solución puntual al *desconocimiento* de la situación justificante la aplicación de una “eximente incompleta” por parte de profesores españoles tales como Santiago MIR PUIG<sup>623</sup>, frente a lo cual se aplicaría la diminuyente prevista por el legislador para tales efectos.

Lo expuesto podría esquematizarse así:

**Tabla 13.** Tesis acerca de los elementos subjetivos en las causales de justificación.

<p><b>TESIS: Para el reconocimiento de una causal de justificación debe comprobarse la concurrencia de elementos subjetivos adicionales a los presupuestos objetivos legalmente exigidos</b></p> <p><b>VARIANTES: Esos elementos subjetivos, según la teoría puntual, pueden ser: (1) el conocimiento de los presupuestos objetivos de la justificante; (2) el animus o intención de actuar justificadamente; o (3) la presencia de ambos ingredientes subjetivos</b></p>		
<p><b>¿Cómo decidir los casos en los que los presupuestos objetivos de la justificante están dados, pero no así los elementos subjetivos exigidos?</b></p> <p><b>SOLUCIONES</b></p>		
<p><b>Tesis:</b> Castigar por delito consumado</p>	<p><b>Tesis:</b> Castigar por tentativa inidónea, si el ordenamiento jurídico prevé sanción para tal forma de comportamiento</p>	<p><b>Tesis:</b> Castigar por delito consumado pero con la correspondiente rebaja prevista por el legislador para las denominadas eximentes incompletas</p>

Fuente: propia.

619 STRATENWERTH: Op., cit. p. 266.

620 ESER & BURKHARDT. Op., cit. p. 238

621 JESCHECK y WEIGEND. Op., cit. p. 354

622 MAURACH & ZIPF. Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Op., cit. p. 434-435.

623 MIR PUIG. Derecho Penal, Parte General, Op., cit. p. 432 y 433.

### 3.2.2 Observaciones críticas a las tesis que exigen “elementos subjetivos” para la configuración de las causales de justificación y toma de postura al respecto.

Los argumentos por los cuales sería errada la tesis conforme la cual debe exigirse la concurrencia de *elementos subjetivos* para la concesión de una causal de justificación son los siguientes:

- I. **La violación del principio constitucional de proporcionalidad.** Uno de los límites del Derecho Penal es sin lugar a dudas la *proporcionalidad* en la intervención punitiva del Estado o *prohibición de exceso*. Éste se satisface cuando a su vez la medida restrictiva de la libertad estatal (criminalización primaria, secundaria o terciaria) es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. La proporcionalidad en sentido estricto, mediante la ponderación de intereses, ha sido entendida por la Corte Constitucional colombiana, siguiendo de cerca la doctrina alemana de Robert ALEXY, entre otros, como la obtención de mayores beneficios que sacrificios a partir de la intervención estatal examinada<sup>624</sup>. Así las cosas, cabría preguntarnos si con el castigo de una persona que salvó intereses superiores de la sociedad, el Estado y el orden jurídico, tan solo porque desconocía su heroísmo, ¿permite obtener más beneficios que sacrificios para la comunidad destinataria de las normas jurídicas en general? ¿Es acaso adecuado castigar a quien con su actuar mejora el estado de un bien jurídico? Sin lugar a dudas la respuesta tiene que ser negativa para ambas preguntas porque con el castigo realizado al salvador de bienes jurídicos no se estaría generando ningún beneficio a la sociedad sino tan solo causando severas lesiones a los derechos fundamentales de las personas destinatarias de las normas, además de que con ello se edificaría una peligrosa norma que *prohíbe salvar bienes jurídicos si no tienes la intención de hacerlo o, al menos, el conocimiento de que lo haces*; y ello sin lugar a dudas no se compadece del principio de proporcionalidad en donde siempre habrá de buscarse la maximización de intereses.

---

624 “(...) adicionalmente, se debe aplicar un juicio de proporcionalidad en sentido estricto mediante el cual se verifique que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y derechos constitucionales afectados por la misma.” Sentencia C-575 de 2009, Corte Constitucional.

De esta forma, “toda acción típica que reporte mayor interés que perjuicio al ordenamiento habrá de estar justificada; con independencia de que el agente participe o no de dicho interés, actúe o no con el ánimo de hacerlo jurídicamente, conozca o no la situación, haya ponderado bien o mal los intereses, o no lo haya hecho en absoluto; si la acción es beneficiosa, la conducta debe quedar totalmente impune, pues es plenamente conforme a derecho.”<sup>625</sup>

Por lo tanto, como a partir de cada causal de justificación se logra **maximizar un derecho fundamental, un bien jurídico o interés jurídico valioso** sería ilógico que por *obtener* un bien con su actuar el sujeto, se causara un *mal* al autor del mismo tan solo porque no gustó su actitud interna. Así las cosas, tomando como base el **beneficio** que traerían consigo cada una de las causales de justificación reguladas normativamente por el ordenamiento jurídico colombiano se tendrían los siguientes:

- a. *El consentimiento, art. 32.2 CP*: El fundamento jurídico por el cual el consentimiento excluye la responsabilidad penal se encuentra en la *maximización de las libertades de los hombres*. En esencia, los bienes jurídicos que me pertenecen pueden ser administrados como yo lo desee por cuanto “*todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico*” (art. 16 de la Constitución Política). Por ende, como la Constitución Política, según el preámbulo de esta se edificó “*con el fin de (...) asegurar a sus integrantes (...) la libertad por cuanto son “fines esenciales del Estado: garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” y “las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades”* (art. 2 de la Constitución Política), el **beneficio** que se obtendría con la materialización

---

625 CARBONELL, Juan Carlos. La justificación penal, fundamento, naturaleza y fuentes. Madrid: Edersa, 1982. p. 107.

del consentimiento como ausencia de responsabilidad sería la materialización de las libertades de los hombres, el respeto de su autonomía personal y la maximización de la dignidad humana.

- b. *El estricto cumplimiento de un deber legal, art. 32.3 CP*: El fundamento jurídico para eximir de responsabilidad cuando se actúa en estricto cumplimiento de un deber legal se encuentra en el *interés preponderante* en virtud del cual se hace prevalecer el *bien jurídico protegido* de mayor jerarquía que subyace a la obligación impuesta por el deber legal o constitucionalmente reconocido. Evidentemente, si los deberes jurídicos enfrentados llegan a ser de igual jerarquía (por cuanto los bienes jurídicos protegidos terminen siendo los mismos o equivalentes) la situación habrá de resolverse, quizás, por aplicación de un estado de necesidad exculpante, mas no por esta vía. En ese orden de ideas, el **beneficio** que con el reconocimiento de esta ausencia de responsabilidad se logra es sin lugar a dudas **la protección del orden jurídico y la maximización de los derechos que sean efectivamente materializados** en virtud del cumplimiento del deber respectivo.
- c. *El cumplimiento de una orden legítima, art. 32.4 CP*: Teniendo en cuenta que el *cumplimiento de una orden legítima* es una *modalidad* del “estricto cumplimiento de un deber legal”, las consideraciones realizadas en el anterior ítem aplicarían para este. Pero adicionalmente, se pueden agregar como **beneficios** que se obtienen con la consagración de esta eximente de responsabilidad el buen funcionamiento de la Administración Pública<sup>626</sup>, naturalmente jerarquizada, que sin la existencia de esa posibilidad jurídica conllevaría la paralización del aparato estatal y, por lo tanto, también, de la materialización de Derechos que a través del Estado puede ser lograda.
- d. *El ejercicio de un cargo público, art. 32.5*: Trae consigo los mismos beneficios expuestos para los dos anteriores ítems.

- e. *El ejercicio de un derecho, art. 32.5*: Encuentra su fundamento en el *interés preponderante* que subyace en el derecho protegido que termina ejerciendo su titular. Por lo tanto, el **beneficio** sería justamente la prevalencia de aquel derecho de superior jerarquía al sacrificado en virtud del cual es posible eximir de responsabilidad.
- f. *El ejercicio de una actividad lícita, art. 32.5*: Esta causal de ausencia de responsabilidad encuentra claramente su fundamento en el *interés preponderante* pues permite obtener como **beneficio** la materialización del siguiente derecho consagrado en la Constitución Política colombiana, artículo 26: “*Toda persona es libre de escoger profesión u oficio*” y, en consecuencia, también de ejercerla.
- g. *La legítima defensa, art. 32.6*: Actualmente el fundamento de la legítima defensa se encuentra en la consideración de doble vía social e individual, según la cual dicha circunstancia debe eximir de responsabilidad en virtud de *la necesidad de defensa del orden jurídico* y *la necesidad de defensa de los bienes jurídicos subjetivos injustamente agredidos*<sup>627</sup>. Por lo tanto, gracias a esta ausencia de responsabilidad el **beneficio** obtenido sería la prevalencia del derecho defendido frente al derecho sacrificado en virtud de la injusta agresión desplegada.
- h. *El estado de necesidad justificante, art. 32.7*: El fundamento jurídico de esta justificante se encuentra, naturalmente, en el reconocimiento de un *interés preponderante* por cuanto, en últimas, lo que se hace es lograr que prevalezca un bien jurídico de mayor jerarquía sobre otro, razón por la cual el **beneficio** que con esta eximente se obtendría sería claramente la maximización del derecho protegido.

En consecuencia, coincido completamente con Maximiliano RUSCONI cuando afirma (aunque utilizando para soportar su conclusión la teoría de la imputación objetiva y particularmente la disminución del riesgo) que “estos ejemplos brindan una guía hermenéutica para los casos de justificación

---

627 VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal, Parte General. Op., cit. p. 756-757

meramente objetiva: **la mejora del mundo no puede constituirse bajo ningún presupuesto en un ilícito.** Se trata sin dudas de un enjuiciamiento ex post, pero, ¡ojalá todo el mundo actúe descuidadamente o sin saberlo a favor de los bienes y dirigiendo su actuación a la alternativa más racional!”<sup>628</sup>

II. **La vulneración de los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, lesividad y acto.** Una de las principales consecuencias de asumir la Teoría del Bien Jurídico en un Estado Social de Derecho es la *prohibición de criminalizar las simples inmoralidades* por cuanto el Derecho Penal, ajeno a cualquier visión paternalista y clerical, no puede ser un instrumento del poder punitivo a través del cual se impongan una visión particular del mundo puesto que con ello se anularía la libertad de pensamiento, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad misma de las personas.

Asociada a esta visión laica y liberal del Derecho Penal ha sido la postura esgrimida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal al plantear la separación tajante entre el Derecho y la Moral mediante la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, lesividad y la equiparación de estos con la versión anglosajona de dichos principios bajo la denominación inglesa del *harm principle*:

Bajo los presupuestos de la concepción de MILL, no pueden castigarse legítimamente conductas que únicamente conllevan una lesión para uno mismo, ni tampoco puede justificarse el castigo de una conducta únicamente en virtud de su inmoralidad (...)

Este principio, propio del derecho penal ilustrado, no solo está íntimamente ligado a otros de la misma índole (como los de necesidad, proporcionalidad, mínima intervención, separación entre derecho y moral, subsidiariedad y naturaleza fragmentaria), sino que también le otorga un sentido crítico a la teoría del bien jurídico, e incluso habilita en el derecho penal la misión de amparo exclusivo de los mismos.<sup>629</sup>

628 RUSCONI, Maximiliano. Derecho Penal, Parte General. Op., cit. p. 514.

629 COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia no. 31362, 13 de mayo de 2009. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

Desde esta perspectiva, es absolutamente claro que al buscar penalizar un acto *objetivamente justificado* con el cual se logró la prevalencia del derecho o la mejora en la situación de un bien jurídicamente tutelado, se estarían vulnerando los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y lesividad por cuanto se castigaría al sujeto con base únicamente en la *actitud*, si se quiere inmoral o perversa del autor y no teniendo en cuenta la real protección de bienes jurídicos materializadas con la actuación del agente.

Esto a su vez vulneraría el *principio del acto* por cuanto a diferencia del Derecho Penal de Autor, la regla básica de esta norma constitucional consiste en que al *sujeto se le debe castigar por lo que hace, no por lo que es, sus gustos, preferencias o personalidad*. Sin embargo, al punir el comportamiento del sujeto que actuó en una situación de legítima defensa o estado de necesidad justificante, pero desconociendo que lo hacía, se estaría llevando a cabo una sanción penal por la mera personalidad perversa del autor, vulnerándose además la dignidad humana del sujeto si el argumento adicional para justificar el castigo fuese enviar un mensaje a la sociedad y según el cual al Estado no le gustan las personas malas e inmorales pues se instrumentalizaría al individuo al anular la posibilidad de ser considerado éste como un fin en sí mismo y nunca como un medio para la materialización de los fines del Estado.

Al respecto ha expresado el profesor Carlos Santiago NINO:

“Las justificaciones en un derecho penal liberal deben estar despojadas de referencias de índole subjetiva, puesto que las situaciones que los preceptos que ese derecho debe buscar prevenir son aquellas que son disvaliosas por afectar a otros individuos y no por presentar rasgos anímicos del agente, que reflejan un carácter moral defectuoso.”<sup>630</sup>

Por el mismo sentido, y de forma extremadamente lúcida, nos dicen RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ la exigencia de *elementos*

---

630 NINO, Carlos Santiago. *La legítima defensa*. Buenos Aires: Astrea, 1982, p. 184

*subjetivos* de cualquier índole para el reconocimiento de una causal de justificación implicaría que el ordenamiento jurídico cumpliera la misión que tiene encomendada por cuanto la punición de los hechos ya no dependería del comportamiento externo del sujeto “sino de sus íntimas motivaciones: dejaría de ser derecho para convertirse en una religión; los tribunales no serían sala de justicia sino confesionarios.”<sup>631</sup>

Adicionalmente, en Colombia, el maestro Juan FERNÁNDEZ CARRASQUILLA ha enseñado que “la ley puede, sin embargo, condicionar las causas de justificación a determinadas actitudes subjetivas, pero suele considerarse que ello representa en general al menos el peligro de una ‘**etización**’ poco conveniente del Derecho, que tendería de este modo a confundir licitud moral con licitud jurídica.”<sup>632</sup>

III. **La vulneración del principio de culpabilidad:** En virtud del principio de culpabilidad y del acto *cogitationis poenam nemo patitur*; es decir, el pensamiento no delinque. Lastimosamente, una regla tan clara como esta, parecen olvidar los defensores de la criminalización de los actos *objetivamente justificados*, pero carentes del elemento subjetivo por ellos exigido, pues en últimas no se castigaría el sujeto por lo que hizo (dado que fue bueno) sino porque *pensó* que su actuación era malvada.

Así pues,

la sanción de los *cogitationis* ha sido siempre colocada por el derecho penal liberal como ejemplo del control penal autoritario. Sin embargo, la exigencia de un tipo subjetivo de la justificación es, posiblemente, en términos de los requisitos propio de un derecho penal respetuoso del Estado de derecho, mucho peor. (...) Más claro: la habilitación del poder penal y la calificación de un acto como antijurídico, cada vez que no se presente el dato subjetivo del conocimiento y la voluntad de actuar en el marco del permiso,

---

631 RODRÍGUEZ DEVESA, José & SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho penal español, Parte General*. Madrid: Dykinson, 1995, p. 504

632 FERNÁNDEZ CARRAQUILLA, Juan. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo I. Op., cit. p. 499.

no es otra cosa que el castigo vinculado, no ya a aquello interno que ha surgido en el autor, sino a la ausencia de un pensamiento que debió surgir y no surgió.<sup>633</sup>

#### IV. Dificultades dogmáticas que impiden tener como correcta la punición de actuaciones *objetivamente justificantes* pero carentes del elemento subjetivo exigido:

- a. Como se mencionó en el anterior acápite citando a JAKOBS, la teoría de la consumación, pero igualmente esto aplica para la tesis de la tentativa inidónea punible, conllevaría a que fuera posible la *interrupción* de un curso salvador por parte de un tercero privilegiando así la lesión del bien jurídico que merecía y debía ser salvado por una postura meramente subjetivista.
- b. Debería penalizarse al partícipe que *conoce* la situación que hace procedente la justificante, tan solo porque el autor actúa sin la presencia del elemento subjetivo exigido para el reconocimiento de la eximente de responsabilidad.
- c. No habría una solución dogmáticamente aceptable para el agente que *actúe* realmente con tentativa, puesto que si el delito consumado objetivamente justificado, pero carente de la subjetividad exigida, se castiga como una acción tentada, ¿qué hacer con quien, por circunstancias ajenas a su voluntad, no logra consumir realmente la conducta objetivamente justificada? Acaso, podría pensarse ¿una tentativa de la tentativa?
- d. Todas las causales de justificación son, en últimas, el ejercicio de un derecho particular cuyo precepto permisivo lo único que hace es confirmar un particular ámbito de libertad y “nadie tiene por qué conocer en qué circunstancias actúa cuando está ejerciendo un derecho, pues el ejercicio de derechos no depende de que el titular sepa o no sepa

---

633 RUSCONI, Maximiliano. Derecho Penal, Parte General. Op., cit. p. 521.

lo que está haciendo.”<sup>634</sup> De esta manera, quien actúa objetivamente en una causal de justificación, pero cree que está cometiendo un delito tan solo incurriría en un *delito putativo, imaginario o imposible* y dogmáticamente el delito imposible no es punible.

De acuerdo al profesor colombiano Juan FERNÁNDEZ CARRASQUILLA quien expresa sobre el tema lo siguiente: “Las justificaciones, además, no son ‘motivos’ del autor, sino circunstancias de su hecho que tienen que darse objetivamente, esto es, en la realidad social de la conducta. No dependen, pues, de los móviles o fines perseguidos por el agente, sino del contexto, las circunstancias y el modo de la acción.”<sup>635</sup>

En Colombia, si se examinan cada una de las ausencias de responsabilidad, se verifica que **ninguna de ellas consagra la concurrencia de un aspecto subjetivo** para su reconocimiento y si bien es cierto utilizan las preposiciones obrar “en” y obrar “por” en su sentido gramatical estas palabras no tienen una acepción finalística, sino puramente objetiva. Así pues, cuando el artículo 32 del Código Penal nos dice que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando el sujeto obre “**en**” estricto cumplimiento de un deber legal (numeral 3), “**en**” cumplimiento de una orden legítima (numeral 4) **en** legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público (numeral 5), según el Diccionario de la Real Academia Española en su primera acepción lo que está queriendo decir es **denotar** con ello es “*en qué lugar, tiempo o modo se realiza lo expresado por el verbo a que se refiere.*”

Igualmente, cuando el artículo 32 del CP dice que no existirá responsabilidad penal cuando el sujeto obre “**por**” la necesidad de proteger un derecho contra injusta agresión (numeral 6) o “**por**” la necesidad de proteger un derecho de un peligro actual o inminente (numeral 7) lo que lingüísticamente ello significa según el Diccionario de la Real Academia Española es la enunciación del “**modo de ejecutar algo**” (acorde con la 9 acepción de la preposición “por”).

---

634 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; TENORIO TAGLE, Fernando; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Manual de Derecho Penal Mexicano. México: Editorial Porrúa, 2013. p. 450.

635 FERNÁNDEZ. Op., cit. p. 499.

Desde esta perspectiva, las **causales de justificación** requerirían en Colombia para su reconocimiento únicamente la concurrencia de los presupuestos objetivos legalmente consagrados en el Código Penal.

### **3.2.3 Concepto y criterios de determinación del Riesgo Permitido y su relación con las causales de justificación.**

3.2.3.1 *El riesgo permitido en la perspectiva de JAKOBS*: “No forma parte del rol de cualquier ciudadano que elimine cualquier riesgo de lesión de otro. Existe un riesgo permitido.”<sup>636</sup> Como es bien sabido la sociedad debe constituirse de tal forma que sea viable la constante interacción de las personas, ya que de lo contrario sucumbiría. Por ello, sería ilógico que su estructura se basara en un conjunto de prohibiciones cuyas directrices imposibilitaran la realización de todo comportamiento social. Así que, aunque obvio resulta afirmar que el contacto societario entraña necesariamente un riesgo, esto no puede llevar al Derecho *ipso facto* a crear muros de contención en los procesos de intersubjetividad.

En ese sentido, como no es posible una sociedad sin riesgos y tampoco renunciar a la sociedad para pasar a un estado primitivo de naturaleza, tampoco será coherente ni posible plantear una garantización normativa de ausencia total de riesgos, sino que necesariamente habrá que tolerar muchos de ellos, excluir otros tantos e irremediamente tener presente la existencia de los denominados riesgos permitidos si lo que queremos es el desenvolvimiento cabal y posible de una sociedad en ascenso evolutivo. De esta manera un comportamiento que genere riesgo permitido es considerado por la sociedad como normal, al haber sido aceptada naturalmente su configuración, lo que hace innecesaria su justificación, pero si excluye de entrada la tipicidad.

Pero también es necesario resaltar que lo permitido se rige esencialmente por la configuración social generada a lo largo de los años, y no automáticamente por el cálculo que pueda arrojar la equiparación de costes y beneficios, sin que

---

636 JAKOBS, Günther, Imputación objetiva, Op., cit. p. 32.

ello implique llevarnos a los terrenos amplios de la adecuación social. Ahora en cuanto a los límites de lo que está dentro de dicho riesgo permitido, baste con decir que, si la ley prohíbe una conducta como abstractamente peligrosa, tal comportamiento entraña, en condiciones normales, un riesgo no permitido. Como ejemplos de riesgos permitidos tenemos: el tráfico aéreo, automovilístico, la natación, etc.

Así mismo, es importante aclarar que un comportamiento que genera un riesgo permitido es socialmente adecuado, no porque se tolere en el caso concreto dado el contexto en el que se encuentra, sino porque esa configuración es aceptada de un modo natural<sup>637</sup>. Desde esa óptica, afirma JAKOBS los comportamientos que crean un peligro normativamente aceptado no son conductas amparadas por una causal de justificación, sino que en realidad carecen de tipicidad.

En los ámbitos de desarrollo social en los que el riesgo permitido no posee determinación jurídica precisa, explica el profesor alemán, que lo definitivo será entonces el margen estandarizado de una persona prudente que pertenezca al contorno vital correspondiente, ayudando de igual manera a fundamentar dichos márgenes de permisibilidad la ausencia de regulación civil, porque sería incoherente “*querer intervenir a través del Derecho Penal en un ámbito en el que la víctima ni siquiera puede exigir la reparación civil del daño*”<sup>638</sup>.

## I. Fundamentación y ubicación dogmática del riesgo permitido

En cuanto a la fundamentación requerida para que un riesgo permitido sea considerado como tal según JAKOBS existen tres fundamentos:

- a. *Viabilidad determinada a partir de la ponderación de intereses*: Es indiscutible que la fundamentación del riesgo permitido en cuanto a la ponderación de intereses se encuentra muy cercana al estado de necesidad. Inclusive al igual que éste sólo podrá tener lugar cuando además de la evaluación respecto de la magnitud del riesgo, sea ponderable la utilidad y el perjuicio,

---

637 Ibid., p 51.

638 Ibid., p. 56

con arreglo a baremos jurídicos (es decir, a intereses jurídicamente reconocidos o no reconocidos). Por eso, en palabras de JAKOBS, “el riesgo permitido tampoco se puede obtener teniendo en cuenta sólo un patrón técnico; el patrón técnico determina lo que es usual o también lo preferible, pero no resuelve el problema de la valoración”<sup>639</sup>.

- b. *Legitimación histórica*: En gran parte de los riesgos reconocidos en la actualidad como permitidos no se ha llevado a cabo una tasación que permita obtener un saldo de coste-utilidad a pesar inclusive de contar con pronósticos exactos sobre la magnitud del riesgo y cifras más o menos precisas en torno los factores de riesgo y su nivel de peligrosidad. Sin embargo, tales riesgos, y pese a lo anterior, son considerados sin lugar a dudas “riesgos permitidos” pero no tanto por la ponderación de intereses sino por una especie legitimación histórica. Y esto ocurre porque:

el Derecho penal no tiene que proteger un arsenal de bienes en reposo, ni únicamente maximizar los bienes, sino que tiene que estabilizar expectativas en relación determinados modos de comportamiento. Cuando una conducta ciertamente daña bienes, pero sin embargo no defrauda expectativas, porque su aceptación se ha convertido en costumbre, esto sólo constituirá una contradicción si la seguridad de los bienes se considera policialmente.<sup>640</sup>

- c. *Indeterminación de las víctimas potenciales o determinación vaga de las mismas*: los riesgos permitidos sólo se toleran cuando la víctima potencial está por mucho concretada de manera muy vaga; porque de lo contrario, las personas tendrían un motivo para lamentarse por haberles correspondido una parte desproporcionadamente alta de las desventajas (y correlativamente baja en las ventajas) frente la libertad general de acción.

---

639 JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Op., cit. p. 243.

640 Ibid., p. 244.

Ahora en cuanto a la ubicación dogmática del riesgo permitido, dada las similitudes que puede llegar a tener con el Estado de necesidad justificante, explica JAKOBS que indudablemente el riesgo permitido genera la exclusión del tipo penal, mientras que el estado de necesidad justifica la conducta desencadenada. Y ello es así porque en el primero jamás se crea un riesgo jurídicamente desaprobado que vendría a ser el presupuesto de tipicidad objetiva, mientras que en el segundo hay, en efecto, una conducta desaprobada por el ordenamiento jurídico pero justificada por las condiciones especiales en que se desarrolla el caso. **No es posible, sin embargo**, estar de acuerdo con esta postura, pues como se explicará más adelante el estado de necesidad justificante es en realidad también un riesgo permitido.

## II. Configuración del riesgo permitido

El riesgo permitido se encuentra configurado desde la perspectiva de JAKOBS a partir de unas máximas de valoración que serían las siguientes:

- a. Los riesgos que comporta el contacto social están permitidos por cuanto ellos forman parte de lo que se denomina “un riesgo mínimo permitido”, el cual es necesario para viabilizar la interacción de los seres humanos dentro de una sociedad. Ejemplo de ello sería una persona que de manera aparente se encuentra sana y por lo tanto se le permite relacionarse con sus congéneres, aun cuando quizás y de manera imperceptible tuviera una enfermedad altamente contagiosa. De no ser así, no podría darse ningún tipo de comunidad ya que siempre temeríamos el contacto con los demás. En tal sentido, el contacto social *per se* trae aparejados cientos de riesgos, pero los mismos son permitidos por cuanto hacen parte de ese mínimo requerido para construir sociedad.
- b. Las prohibiciones de ciertos comportamientos por parte del legislador no pueden constituir bajo ninguna circunstancia un riesgo permitido, ya que precisamente uno de los parámetros utilizados *ex post* para la determinación de lo “permitido” o “desaprobado” es la conformidad o no de la conducta con las normas expresas de prohibición.
- c. Así mismo están también las regulaciones de ámbitos vitales peligrosos a través de leyes, reglas del arte, normas técnicas y otros sistemas de

normativización no formales. Sin embargo habrá que tenerse en cuenta que *“lo prohibido por estas normas no es más que un indicio de la naturaleza no permitida del riesgo, pues el consenso de una asociación de expertos ciertamente es experiencia cendrada, pero al contrario que la ley, no contiene valoración vinculante alguna”*<sup>641</sup>.

En materia de riesgos no es válido considerar que lo no excluido se encuentra permitido, dado que no hay una fracción de autorización del riesgo determinada expresamente en términos numéricos o estadísticos.

Es conforme a dichos parámetros que se valora jurídicamente el riesgo dado y pueden trazarse una serie de líneas delimitadoras de lo que se considera permitido o desaprobado para entonces elaborar el juicio de tipicidad objetiva requerido. Al respecto JAKOBS señala:

“En el riesgo permitido importa que determinadas acciones, ya por su forma, no suponen defraudación de expectativas, porque su aceptación es necesaria, o al menos usual, para mantener la posibilidad del contacto social. La concreción de las referidas acciones, en esta función del riesgo permitido, debe llevarse a cabo ex ante, dado que la aceptación no depende de la ausencia de resultado, sino de la forma de la acción”<sup>642</sup>.

Y eso resulta coherente con el hecho de que precisamente el riesgo permitido es una institución edificada para la interpretación de los comportamientos desplegados, sin que realmente importe en estricto sentido el resultado final acaecido.

### III. Los conocimientos especiales y el riesgo permitido

En cuanto a la solución de casos difíciles donde existe un “saber especial” en el autor habrá que distinguirse lo siguiente:

---

641 Ibid., p. 249.

642 Ibid., p. 250.

- a. En tratándose de responsabilidad por organización, el rol del autor se definirá siempre de manera negativa, existiendo por ende el deber de éste de evitar la ocurrencia de daños. No obstante, si el agente con su comportamiento no le acarrea a la víctima ningún tipo de riesgo especial, ella no podrá entonces exigirle a él la activación sus capacidades especiales. Ejemplo:

“Un ingeniero que quiere adquirir un coche usado y por sus conocimientos técnicos especiales se da cuenta en el viaje de prueba de que los frenos del automóvil no van a tardar en fallar, no comete ni homicidio ni lesiones si devuelve el coche (¡hacer!) sin avisar el defecto”<sup>643</sup>.

- b. La configuración del rol se ampliará cuando el autor es garante del dominio del algún riesgo especial, perteneciéndole a dicho rol todo lo que sea necesario para conseguir que no sobrevenga un resultado. Ejemplo:

“Si un conductor, al sacar un juguete que se le ha caído a su hijo debajo del vehículo, ve que se le está derramando el líquido de frenos, esto no lo ve sólo en su papel de padre sino también en el de conductor (así como a él todo tercero que le comunica el suceso crítico le obliga a situarse en el papel del conductor y por eso, como competente juzgador, se le dota del conocimiento de este suceso)”<sup>644</sup>.

- c. En los casos de responsabilidad institucional los límites del rol se definen, no de manera negativa, sino a través de las interacciones propias de la institución a la cual se haga referencia. Por ejemplo, la confianza que los hijos depositan en sus padres y que exigen de estos un mayor cuidado.
- d. Los conocimientos especiales quedan incorporados en el rol cuando **primero** el autor los introduce por su propia iniciativa en la relación surgida con la víctima o **segundo** cuando los emplea para perjudicar la víctima.

Se comienza a analizar estas situaciones apenas enunciadas de forma un poco más detallada, según la perspectiva de JAKOBS y a manera de reglas:

---

643 Ibid., 252.

644 Ibid.

- *Se excluirá la imputación cuando el autor ostente un rol general y haga uso de sus conocimientos generales, aunque posea por azar algún conocimiento especial.* Esto se explica porque a un rol general sólo pueden corresponderle conocimientos generales. A título de ejemplo se presenta el caso del estudiante de biología que al mismo tiempo es camarero, y debiendo servir una ensalada a un cliente reconoce que esta lleva una planta mortalmente venenosa, en virtud de un reciente ensayo que había realizado sobre dicho vegetal, e impasible la entrega a su destinatario. En tal hipótesis JAKOBS considera que se excluye la Imputación Objetiva del Comportamiento porque no hace parte del rol general de camarero el conocer de los componentes y características de las comidas que presenta, sino tan sólo entregarlas, lo que por supuesto no exime de la configuración del tipo penal de omisión de socorro. No obstante, esta tesis no puede ser compartida ya que resulta imposible considerar como un riesgo permitido el servir platos con hongos envenenados a los clientes de un restaurante.
- *No se excluirá la imputación cuando el autor que ostenta un rol general hace uso de algún conocimiento especial* porque queda automáticamente incorporado dicho conocimiento a su rol. En ese sentido, si quiere evitar responsabilidad, se tiene que comportar como si desconociera de la mortalidad de la ensalada. Como ejemplo para este punto baste incluirle una variante al anterior caso: el estudiante toma la planta venenosa de la ensalada y la sirve a su tío de América con el deseo de que muera.
- *No se excluirá la imputación cuando se trate de roles basados en organización* porque el titular del rol no se presenta como un sujeto cualquiera, sino que tiene que hacer todo lo que sea necesario, ya que introduce un riesgo especial. Al respecto digamos que las personas configuran el mundo externo tomando la realidad y moldeándola, estructurando y desestructurando, quitando o agregando partes de otras realidades o forjando engranajes nuevos para poder recrearse en el universo fáctico que consideran más parecido a la maqueta idealizada de sus aspiraciones. Pero toda esa libertad de configuración tiene límites que no pueden ser obviados porque ello conllevaría una inevitable

defraudación de expectativas normativas, que, por ser parte del sistema social, son superiores al ser humano considerado individualmente. Así que dicho límite al ser sobrepasado fundamenta automáticamente la responsabilidad del autor, y en caso de que se introduzca algún tipo de riesgo cualquiera al ámbito de una organización propia, todo el espectro perceptivo del autor pertenecerá a su rol de funcionalidad social. Verbigracia, si el encargado de un material radiactivo observa en su paseo dominical que algo no está bien en relación con dicho material del edificio donde se almacena, deberá acudir inmediatamente a solucionar el inconveniente presentado, ya que dada su calidad de garante para la evitación de daños especiales podrá hacerse exigible a ese titular del rol basado en organización, la obligación de guardar un cuidado mayor al comúnmente demandado.

- *Los deberes institucionales quedan intactos* porque de acuerdo con la visión esencial de la institución y su proyección normativa en la sociedad, es que podrá determinarse el margen de imputabilidad posible. Así por ejemplo “hasta qué punto los padres (...) han de hacer entrar en juego sus conocimientos especiales para la protección de sus hijos se ha de decidir atendiendo a la concepción que la sociedad tenga de esta institución”.<sup>645</sup>

Así las cosas, cuando el resultado lesivo sea producto de un riesgo permitido se excluirá la imputación porque el mismo acaeció como consecuencia del infortunio y no por la configuración de un injusto. “Los límites de lo que está dentro del riesgo permitido se pueden trazar en parte con exactitud: si la ley prohíbe una conducta como abstractamente peligrosa, tal comportamiento entraña, en condiciones normales un riesgo no permitido.”<sup>646</sup> Y en cuanto a los conocimientos especiales se tendrá entonces de manera sintética que: 1° Se excluirá la imputación cuando el autor ostente un rol general y haga uso de sus conocimientos generales aunque posea por azar algún conocimiento especial; 2° No se excluirá la imputación cuando el autor que ostenta un rol general

---

645 JAKOBS, Günther, La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza” Op. cit., p. 215.

646 Ibid., p. 213.

hace uso de algún conocimiento especial porque queda automáticamente incorporado dicho conocimiento a su rol; 3° No se excluirá la imputación cuando se trate de roles basados en organización porque el titular del rol no se presenta como un sujeto cualquiera, sino que tiene que hacer todo lo que sea necesario, ya que introduce un riesgo especial y 4° En cuanto a los deberes institucionales estos permanecen intactos y por ende los sujetos que asuman roles dentro de instituciones sociales habrán de incluir dentro de su rol los conocimientos especiales que sirvan para la evitación del resultado.

3.2.3.2 La relación entre el riesgo permitido y las causales de justificación. El riesgo permitido ha sido incluido como una especie de “ausencia de responsabilidad” por todos los autores; es decir, sin importar de la corriente que se trate los tratadistas del Derecho Penal lo han incluido como un factor negativo de responsabilidad. Sin embargo, su ubicación en la teoría del delito ha variado (aun cuando mayoritariamente se considera hoy por hoy parte integrante de la imputación objetiva):

**Tabla 14.** Ubicación del riesgo permitido en el esquema del delito.

647648

UBICACIÓN DEL RIESGO PERMITIDO EN EL ESQUEMA DEL DELITO			
1. Excluye la tipicidad	2. Es una causal genérica de justificación (sirve de fundamento para varias justificantes)	3. Es una causal específica e independiente de justificación	4. Es una causal excluyente de culpabilidad
Representantes: • Ángel TORÍO LÓPEZ <sup>647</sup> • Claus ROXIN (no obstante él también habla de <i>causas de justificación</i> )	Representantes: • JESCHECK & WEIGEND • Jürgen WOLTER <sup>648</sup>	Representantes (citados por REYES ALVARADO pág. 100): • Hans Joachim HIRSCH • MAURACH & ZIPF • Erich SAMSON • Eberhard SCHMIDHÄUSER	Representantes (citados por CORCOY BIDASOLO pág. 297): • D. KIENAPFERL • H. ROEDER

647 TORÍO LÓPEZ, Angel. *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*. Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 27, Fasc/Mes 1, 1974, págs. 25-60

648 WOLTER, Jürgen. *Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la aberratio ictus*. Pág. 127 en: SCHÜNEMANN, Bernd (Comp.). *El sistema moderno del derecho penal. Cuestiones fundamentales*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012

derivadas de un riesgo permitido) • Günther JAKOBS • Yesid REYES ALVARADO <sup>649</sup> • Bernd SCHÜNEMANN <sup>650</sup>		• Günter STRATENWERTH • Harro OTTO	
<b>5. Riesgo permitido “saltarín”<sup>651</sup>; es decir, son posibles todas las orientaciones sistemáticas</b>			
• Mirentxu CORCOY BIDASOLO (citados por él pág. 297) • Jürgen BAUMANN • BOCKELMANN • Diego-Manuel LUZÓN PEÑA <sup>652</sup> (para quien sólo puede dar lugar a atipicidad o justificación) • Enrique BACIGALUPO <sup>653</sup>			

Fuente: propia.

En torno a las posturas de JESCHECK/WEIGEND y MAURACH/ZIPF es importante aclarar que ambos consideran lo siguiente:

- Que la *adecuación social* es diferente del *riesgo permitido* y no simplemente una modalidad de éste.
- Desde esa perspectiva la *adecuación social* excluye la tipicidad, mientras que el *riesgo permitido* excluye la antijuridicidad.
- Sin embargo, la diferencia estaría en que para los primeros es una causal genérica de justificación, mientras que para los segundos una causal autónoma según se puso de presente en la anterior tabla.

Así mismo, y en general se han consolidado una serie de diferencias entre *el riesgo permitido* y las *causales de justificación* que pueden ser agrupadas de la siguiente manera:

649 *Imputación objetiva*. Op. Cit. Pág. 101

650 *Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva*. Op. Cit. 19 y ss

651 Obviamente ningún autor usa una expresión tan poco seria, para una postura... tan seria

652 Op. cit. pág. 566

653 Sólo en BACIGALUPO, Enrique. *La imputación objetiva*. En: Revista del Colegio de Abogados Penalistas de Caldas, Manizales, Litografía Cafetera, S.A., 1992.

**Tabla 15.** Diferencias entre el riesgo permitido y las causales de justificación.

RIESGO PERMITIDO	CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN
1. Se refiere a acciones que no son lesivas de la interacción social (REYES ALVARADO <sup>654</sup> ).	1. Son acciones lesivas de la interacción social (REYES ALVARADO).
2. Se trata de una permisión general de conductas sin importar el <u>contexto</u> en el que ocurren (JAKOBS <sup>655</sup> ).	2. Son excepcionales motivos que hacen socialmente admisible una conducta pero dependiendo del <u>contexto</u> en el que ocurren y no de forma abstracta o general (JAKOBS).
3. Existe en virtud de una ponderación de intereses que se hace lege ferenda, viabilizando ciertos comportamientos de forma general (independientemente del caso concreto) (ROXIN <sup>656</sup> ).	3. Se precisa en las causas de justificación (como el estado de necesidad) de una ponderación de intereses en el caso concreto que puede llevar a diferentes resultados (ROXIN).
4. Actuar conforme se espera (REYES ALVARADO <sup>657</sup> )	4. Actuar contrario a como se espera, tolerado en casos excepcionales (REYES ALVARADO)

Fuente: propia.

Sin embargo, hay tres posturas minoritarias **se consideran parcialmente correctas** y en cuanto su fundamento, pero no en lo relativo a su sistematización final. Sobre ellas Jesús María SILVA SÁNCHEZ ha realizado en tres lugares<sup>658</sup> un lúcido agrupamiento de tales teorías las cuales pueden ser resumidas de la siguiente manera:

- I. Una de ellas considera que si se presenta una causal de justificación no se genera lesión (*lesividad*) al bien jurídicamente tutelado, fundamentando desde tal óptica la falta de imputación objetiva del resultado (la siguen al parecer RENZIKOWSKI, SILVA SÁNCHEZ y RODRÍGUEZ MOURULLO).

654 Op. Cit. Pág. 104.

655 Su Manual, op. Cit. Pág. 246

656 Su Manual, op. Cit. Pág. 371

657 REYES ALVARADO, Yesid. El archivo de la investigación por atipicidad objetiva. En: Revista Derecho Penal N°:49, OCT.-DIC./2014, PÁGS. 5-36

658 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Imputación objetiva y causas de justificación. Un (mero) intento de distinguir. En: Revista de Derecho Penal Contemporáneo, Editorial Legis. Jul.-Sep, 2015. no. 52.; Interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización: un problema de justificación. En: ARAQUE, Diego (Coordinador Académico). Estudios de Derecho Penal. Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla. Medellín: Sello Editorial de la Universidad de Medellín, 2015. p. 1111; Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012.

- II. Otro sector doctrinal considera que ciertas causales de justificación deben serle imputadas a la esfera de organización del agresor (como en los casos de legítima defensa), lo que conlleva a que tales circunstancias muten en verdaderas causales de atipicidad objetiva (la siguen JÄGER).
- III. Finalmente, otra postura asegura que en ciertos *tipos penales* el legislador incluye elementos normativos íntimamente relacionados con las causales de justificación, razón por la cual, para tales delitos, cuando concurre alguna de estas circunstancias no es posible imputar objetivamente el comportamiento acaecido (así SCHLEHOFER)

No obstante, quizás la postura más cercana al pensamiento aquí sostenido es la expuesta por PAWLIK quien asegura literalmente que:

Según la fórmula usual un resultado típico solo le es imputable al autor cuando este ha creado un peligro ‘jurídicamente desaprobado’ o bien ‘jurídicamente prohibido’ para el bien jurídico protegido en el tipo. Ahora bien, una acción en legítima defensa, a la que tiene derecho el autor, o una medida coactiva, a cuya realización el funcionario competente incluso está obligado, no pueden calificarse en absoluto como ‘jurídicamente desaprobadas.’<sup>659</sup>

Y coincidente con ello asegura SILVA SÁNCHEZ que en la doctrina “se ha consolidado la idea de que la conducta atípica y la conducta justificada resultan ser sustancialmente lo mismo para el Derecho penal. Además, es verdad que la normativización del tipo objetivo hace cada vez más artificiosa la distinción entre causas de atipicidad y causas de justificación.”<sup>660</sup>

3.2.3.3 *La determinación del riesgo permitido ¿Cómo saber cuándo una conducta está permitida en una sociedad? O, en otras palabras, ¿cuándo no está desaprobada?*

---

659 PAWLIK, Citado y traducido por SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Imputación objetiva y causas de justificación. Un (mero) intento de distinguir. Op., cit.

660 Ibid.

Siguiendo el profesor Yesid REYES ALVARADO “el juicio de desaprobación depende fundamentalmente de la manera como cada sociedad se encuentre organizada y de la forma como en consecuencia se educa a sus miembros”<sup>661</sup>. Pero, para llegar a dicha conclusión usualmente las sociedades toman en cuenta cuatro criterios<sup>662</sup>:

- I. La *utilidad social* a partir del cual el ciudadano cede ciertos espacios de libertad y expone sus bienes a un cierto peligro para lograr el desarrollo y el progreso social o tecnológico de la comunidad en que vive
- II. La *inevitabilidad del riesgo* por cuanto los niveles actuales de vida, si desean mantenerse, comportan, aunque no lo queramos, peligros inherentes a la ejecución misma de las comodidades que diariamente se utilizan.
- III. La *necesidad de determinadas empresas* si se desea que la supervivencia de la sociedad se mantenga
- IV. La *habitualidad general del peligro* porque al nacer nosotros en una sociedad de riesgos la costumbre de vivir entre gran multiplicidad de ellos nos hace pensar que la inexistencia de las fuentes generadoras de los mismos haría más insoportable la vida de lo que implica hoy en día tener que soportar la posibilidad de que dichos peligros se materialicen en cualquier momento.

Bajo dicha lógica cuando el individuo ocasiona un *daño* como producto de un *riesgo permitido* este podría serle imputado a su responsabilidad porque a las personas no se les puede castigar por llevar a cabo conductas que el mismo Derecho ha autorizado. Pero, ¿cómo saber cuándo un riesgo está permitido? Usualmente se han establecido como parámetros para su concreción las siguientes: **será permitida** toda conducta que:

- I. Encaje en el *supuesto de hecho* autorizado por una norma jurídica

---

661 REYES, Yesid. Imputación objetiva. Op., cit. p. 115.

662 En lo que sigue tomaremos como guía: LÓPEZ, Claudia. Introducción a la imputación objetiva. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996. p. 107 y ss.

- II. Satisfaga las normas técnicas o *lex artis* para su ejecución
- III. Se ajuste al modelo de conducta que realizaría la prudencia del hombre medio
- IV. Sea el resultado del cumplimiento de los deberes de información y de advertencia del peligro
- V. Posea un significado socialmente estereotipado, inocuo o adecuado
- VI. Obedezca a la actuación en virtud de un principio de confianza

### **3.3 TOMA DE POSTURA. Causales de justificación como criterios negativos de imputación objetiva: una ampliación del concepto de riesgo permitido.**

#### **3.3.1 Análisis de la teoría de las normas y su relación con las causales de justificación como fundamento de la postura tomada.**

3.3.1.1 Introducción: la estructura lógica de las normas a nivel general y el problema normativo particular con relación al Derecho Penal.

Siguiendo al profesor Gregorio ROBLES MORCHÓN, es posible comprender que el Derecho es un sistema de comunicación que usa *palabras*. Por ello, “todos los elementos que componen el Derecho son verbalizables. La lingüisticidad es la forma natural de aparición fenoménica del Derecho. En ese sentido puede afirmarse que el Derecho es lenguaje.”<sup>663</sup> Pero, ¿qué tipo lenguaje es el Derecho? Para resolver este interrogante es importante recordar las distintas *funciones*<sup>664</sup>

---

663 ROBLES, Gregorio. Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho. Volumen I. Pamplona: Civitas y Thomson Reuters, 2015. p. 91.

664 Al respecto véase: CARRIÓ, Genaro R. Notas sobre Derecho y Lenguaje. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011. p. 19 y ss.

que cumple el lenguaje<sup>665</sup>: (1) *informativa o descriptiva* si busca proporcionar datos objetivamente determinables; (2) *expresiva* si lo pretendido es dar a conocer los sentimientos de una persona o evocarlos; (3) *evaluativa* si se emplea el lenguaje para valorar las personas, las cosas o los hechos como buenos, malos, correctos, incorrectos, justos, injustos, etc.; (4) *directiva, imperativa o prescriptiva* si el interlocutor utiliza el lenguaje para lograr la ejecución de una conducta o impedir la mediante órdenes, mandatos, prohibiciones o peticiones; y (5) el *performativo*<sup>666</sup> u *operativo* si al emplearlo se realiza el mismo acto que se describe o informa. En virtud de dichas *funciones del lenguaje* es posible establecer

665 Una de las razones más importantes por las que se suele utilizar esta diferenciación funcional es la posibilidad que ella brinda para agrupar enunciados sobre los que es admisible el criterio de verdad/falsedad. Así pues, cuando el lenguaje se utiliza de manera informativa o normativa (que es una variante de la función directiva) es posible valorar el mismo mediante los criterios de verdad y falsedad según su correspondencia con los hechos, para el primer caso, o por su coherencia con el ordenamiento jurídico para el segundo caso. En cambio, si se emplean las otras funciones las oraciones que las representen no son susceptibles de dicho criterio de valoración, sino por medio otros parámetros así: los enunciados performativos podrán ser válidos o inválidos si son emitidos por quien tiene la competencia para hacerlos; los enunciados evaluativos carecen de algún criterio de valoración dada alta subjetividad que los acompaña, aunque podría hablarse de sinceridad o mentira; los enunciados directivos de carácter imperativo pueden ser calificados como razonables o irrazonables, justos o injustos, válidos o inválidos etc.

666 Esta función del lenguaje es reconocida por primera vez gracias a John AUSTIN quien manifiesta lo siguiente para caracterizar los enunciados performativos: “A) no “describen” o “registran” nada, y no son “verdaderas o falsas”; y B) el acto de expresar la oración es realizar una acción, o parte de ella, acción que a su vez no sería normalmente descripta como consistente en decir algo. Esto dista de ser tan paradójico como puede parecer, o como, no sin mala intención, he tratado de presentarlo. En realidad, los siguientes ejemplos pueden parecer decepcionantes. E.a) “Sí, juro (desempeñar el cargo con lealtad, honradez. etc.)”, expresado en el curso de la ceremonia de asunción de un cargo. E.b) “Bautizo este barco Queen Elizabeth”, expresado al romper la botella de champaña contra la proa. E.c) “Lego mi reloj a mi hermano”, como cláusula de un testamento. E.d) “Te apuesto cien pesos a que mañana va a llover”. En estos ejemplos parece claro que expresar la oración (por supuesto que en las circunstancias apropiadas) no es describir ni hacer aquello que se diría que hago al expresarme así, o enunciar que lo estoy haciendo: es hacerlo. Ninguna de las ex-presiones mencionadas es verdadera o falsa; afirmo esto como obvio y no lo discutiré, pues es tan poco discutible como sostener que “maldición” no es una expresión verdadera o falsa. Puede ocurrir que la expresión lingüística “sirva para informar a otro”, pero esto es cosa distinta. Bautizar el barco es decir (en las circunstancias apropiadas) la palabra “Bautizo...” Cuando, con la mano sobre los Evangelios y en presencia del funcionario apropiado, digo “¡Sí, juro!”, no estoy informando acerca de un juramento; lo estoy prestando. ¿Cómo llamaremos a una oración o a una expresión de este tipo? Propongo denominarla oración realizativa o expresión realizativa o, para abreviar, “un realizativo”. La palabra “realizativo” será usada en muchas formas y construcciones conectadas entre sí, tal como ocurre con el término “imperativo”. Deriva, por supuesto, de “realizar”, que es el verbo usual que se antepone al sustantivo “acción”. Indica que emitir la expresión es realizar una acción y que ésta no se concibe normalmente como el mero decir algo.” En: *Cómo hacer cosas con palabras*. [En línea], 1995. Disponible en Internet: < Edición electrónica de [www.philosophia.cl](http://www.philosophia.cl) / Escuela de Filosofía Universidad ARCIS.> ISSN. 9586162621, 9789586162623.

una clasificación de los distintos *enunciados* o *proposiciones*<sup>667</sup> que pueden ser expresados a través del mismo, destacándose entre todos ellos los enunciados informativos, prescriptivos, expresivos, interrogativos y performativos<sup>668</sup>. Al respecto, es importante recordar que “generalmente se considera que las normas son una especie de enunciados prescriptivos que pueden ser de diferentes clases: normas morales, normas religiosas, normas de etiqueta, normas jurídicas, etcétera.”<sup>669</sup> Esta últimas poseen como elemento estructural una serie de operadores deónticos<sup>670</sup> (prohibido, permitido y obligatorio) que

667 Tradicionalmente en lógica el concepto es la representación mental de una cosa u objeto sin negar o afirmar nada acerca de él. La expresión lingüística del concepto es el *término*. A su vez, el *juicio* es la operación mental a través de la cual relacionamos dos o más conceptos afirmando o negando su mutua correspondencia. El juicio se representa lingüísticamente mediante la **proposición** o el **enunciado**. “El término **enunciado** no es un sinónimo exacto de proposición, pero en lógica se utiliza en el mismo sentido.” (COPI, Irving, y COHEN, Carl. Introducción a la Lógica. México: Limusa, 2013. p.6). Así mismo, algunos autores consideran que las proposiciones no abarcan las oraciones interrogativas, los mandatos y las interjecciones: v.gr. SÁNCHEZ, Clara Helena, *Et al.* Lógica y argumentación. Herramientas para un análisis crítico de argumentos. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia Unibiblos, 2008. p. 57; COPI y COHEN. Op., cit. p. 5; etc. Sin embargo, muchos otros consideran que las proposiciones pueden ser interrogativas, exclamativas o imperativas: por ejemplo: FINGERMANN, Gregorio. Lógica y teoría del conocimiento. Argentina: Editorial el Ateneo, 1981. p. 62; AUDI, Robert (editor). Diccionario Akal de Filosofía. Madrid: Ediciones Akal S.A., 2004. p. 806; y, entre muchos otros, muy ilustrativamente PÁNDER, Alexander. Lógica. Madrid: Revista de Occidente, 1928, p. 44, quien clasifica las proposiciones en 4: enunciativas, interrogativas, optativas e imperativas. Personalmente, considero acertada la perspectiva de AUSTIN según la cual es mejor utilizar la categoría gramatical de *enunciado* para designar expresiones lingüísticas interrogativas, imperativas, expresivas, performativas, etc., y dejar la *proposición* tan solo para las expresiones descriptivas [Op., cit. p. 4 y ss]

668 Se sigue al respecto a: CÁCERES NIETO, Enrique. Lenguaje y derecho. Las normas jurídicas como sistemas de enunciados. México: UNAM, 2000. p. 15 y ss.

669 Ibid., p. 18.

670 Luigi FERRAJOLI denomina a estos operadores deónticos como modos deónticos “en términos de «permitido que», «permitido que no», «no permitido que» (o «prohibido») y «no permitido que no» (u «obligatorio»)” En: Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del Derecho. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2013. p. 106. De forma similar Norberto BOBBIO nos dice lo siguiente: “Simbolizando la primera proposición con O (obligatorio), las otras tres pueden ser simbolizadas en su orden de este modo: O no (obligatorio no hacer, o sea prohibido); no O (no obligatorio hacer, o sea permiso negativo); no O no (no obligatorio no hacer, o sea, permiso positivo).” En: Teoría General del Derecho. Bogotá: Editorial Temis, 2007. p. 138. Otros sistemas propuestos han sido: (i) el de Eduardo GARCÍA MAYNEZ al proponer como comportamientos normativos fundamentales *lícito*, *obligatorio*, *potestativo*, *ilícito* [En: Introducción al estudio del derecho. México: Porrúa, 1978]; (ii) el de George Henrik VON WRIGHT quien señala como cuatro modos deónticos el *permitido*, *obligatorio*, *prohibido* e *indiferente* [Lógica deóntica. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2017. 101 p. ISBN: 9789875721432]; (iii) el de George KALINOWSKI al asegurar que existen cinco fórmulas verbales normativas: *no debe hacer* (prohibido), *puede hacer* y *puede no hacer* (indiferente), *tiene derecho a hacer* (permiso afirmativo), *debe hacer* (obligatorio), *tiene derecho a no hacer* (permiso negativo) [En: Introducción a la lógica jurídica. Elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica. Buenos Aires: Eudeba, 1973. 196 p.]; y (iv) tendríamos la postura de David MARTÍNEZ ZORRILLA quien asegura que son 4 los operadores deónticos: “«O» (obligatorio); «Ph» (prohibido); «F» (facultativo); y «P» (permitido)” [En: Metodología jurídica y argumentación. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 240]

permite la clasificación de las normas en prohibitivas, obligatorias y permisivas o facultativas.

Llevando lo anterior al *cuadrado deóntico* es posible establecer útiles leyes racionales respecto a las relaciones que existen entre las distintas normas mencionadas, como aplicación práctica de las reglas tradicionales de la lógica que fueran propuestas desde ARISTÓTELES con su *cuadrado lógico de oposiciones* así:

- Una *proposición* es el término con el cual usualmente se designa aquellas oraciones declarativas con las que se afirma o se niega algo; es decir, con las cuales se asevera un estado de cosas sobre el mundo o sus fenómenos<sup>671</sup>.
- A través de la lógica clásica se busca relacionar “clases” de objetos entre sí, entendiendo por *clase* una agrupación de objetos que tienen al menos una característica común y específica entre sí<sup>672</sup>. Así pues, *dos clases* pueden relacionarse entre formas básicas: (1) todos los miembros de una clase, menos general, pueden ser incluidos en otra clase, más general – vgr. los miembros de la clase “reptil” pueden ser incluidos en la clase “vertebrados –; (2) solamente algunos miembros de una de las clases pueden ser incluidos en otra; por ejemplo, algunos miembros de la clase “abogados” pueden incluirse parcialmente en la clase “mujeres”, (3) dos clases pueden llegar a no tener miembros en común, así la clase de todos los números pares y la clase de los números impares se excluyen mutuamente.
- Los argumentos *deductivos* (cuyas premisas proporcionan bases concluyentes y sólidas para obtener la verdad de su conclusión) son las estructuras lógicas más utilizadas en la teoría normativa del derecho, a diferencia del *derecho probatorio* cuya disciplina suele emplear en su mayoría las reglas utilizadas

---

671    Así: STEBBING, L. Susan. Introducción a la lógica moderna. México: Fondo de Cultura Económica, 1969. p. 30.

672    Ibid., p. 109.

para la construcción de *argumentos inductivos*<sup>673</sup>. Gracias al primer tipo de argumentos mencionados se relacionan las “clases” o “categorías” mediante una serie de enunciados denominados: *proposiciones categóricas*.

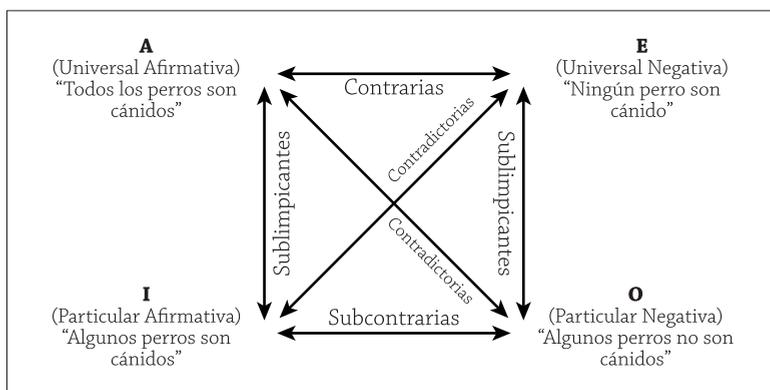
- Sin embargo, sólo pueden existir cuatro tipos de proposiciones categóricas: universales afirmativas – *todo S es P* –, universales negativas – *ningún S es P* –, particulares afirmativos – *algún S es P* – y particulares negativas – *algún S no es P* –. Los nombres abreviados con los que se denotan estas proposiciones son las 4 primeras vocales: A, E, I, O, respectivamente.
- Entre A, E, I, O surgen naturalmente *oposiciones* como producto de la diferencia entre sus cualidades, cantidades o ambas.
- De esta manera: (1) Toda *afirmación universal* (A), por ejemplo, “todos los hombres son mortales”, tiene su proposición *contraria* en la *negación universal* (E), “ningún hombre es mortal”, difiriendo en su *cualidad* pues una niega lo que otra afirma respecto a la misma *cantidad* (universalidad); (2) Toda *afirmación universal* (A) tiene su proposición *contradictoria* en un enunciado *particular negativo* (O), v.gr. “algunos hombres no son mortales”, porque existe una disparidad de *cualidad y cantidad* al negar una de ellas parcialmente lo que otra afirma totalmente; este mismo fenómeno se presenta entre la *negación universal* (E) y la *afirmación particular* (I); (3) las proposiciones *subalternas* o *subimplicantes* son aquellas que tienen la misma *cualidad*, pero difieren en la *cantidad* así: E respecto a O, y A respecto a I. Por último, tendríamos la (4) oposición: *subcontrariedad* presente entre las oraciones I y O al diferir en *cualidad*, pero no en *cantidad*.

Visualmente el *cuadrado lógico de oposiciones* sería este:

---

673 Las relaciones entre la *Lógica* y el *Derecho* siempre han sido problemáticas. Sin embargo, se asume como correcta la posición de Norberto BOBBIO cuando divide la *lógica jurídica* en: (i) La *lógica de los juristas* encargada de analizar los razonamientos de los teóricos y prácticos del Derecho, dentro de los cuales destaca, principalmente, los *argumentos inductivos* en lo relativo al manejo, por ejemplo, de la prueba judicial (respecto al uso de *argumentos inductivos* en el razonamiento probatorio véase: GASCÓN ABELLÁN, Marina) Cuestiones probatorias. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. p. 39]; y (ii) La *lógica del derecho*, utilizada en el presente acápite, cuya función principal es analizar la estructura lógica de las normas y del ordenamiento jurídico mediante la utilización de la *lógica deóntica* y los argumentos deductivos. BOBBIO, Norberto. *Derecho y Lógica*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2009. p. 22.

**Gráfica 4.** Cuadro lógico de oposición.



Fuente: propia.

- Las leyes que rigen para dichas oposiciones son las siguientes<sup>674</sup>:

**Tabla 16.** Leyes de las oposiciones.

OPOSICIÓN	JUICIOS RELACIONADOS	LEYES ACERCA DE LA VERDAD O FALSEZAD DE CADA UNO (Relación veritativa)
Contrarios	A – E	1. No pueden ser ambos verdaderos 2. Pero pueden ser los dos falsos
Subcontrarios	I – O	1. Pueden ser ambos verdaderos 2. Pero no pueden ser los dos falsos
Subimplicantes	A – I E – O	1. Si el universal (A, E) es verdadero, entonces el particular (I, O) es verdadero 2. Pero si el particular (I, O) es verdadero, entonces el universal (A, E) es indeterminado 3. Si el particular (I, O) es falso, entonces el universal (A, E) es falso 4. Pero si el universal (A, E) es falso, entonces el particular (I, O) es indeterminado
Contradictorios	A – O E – I	1. Si uno es verdadero el otro es falso y viceversa 2. Ni ambos verdaderos, ni ambos falsos

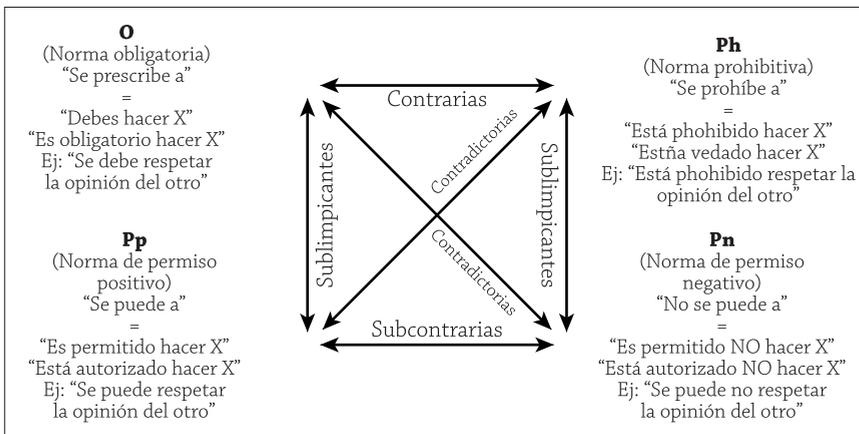
Fuente: propia.

674 La elaboración de la presente tabla fue inspirada en STEBBING. Op., cit. p. 54.

- Llevando lo anterior al *cuadrado de oposición deóntico* se tendría que el equivalente de (A) a nivel jurídico es la *norma obligatoria* (O), “se prescribe  $\alpha$ ” –; el de (E) sería la *norma prohibitiva* (Ph), “se prohíbe  $\alpha$ ”; el de (I) a nivel jurídico sería la *norma de permiso positivo* (Pp), “se puede  $\alpha$ ”; y el de (O) a nivel jurídico sería la *norma de permiso negativo* (Pn), “no se puede  $\alpha$ ”<sup>675</sup>. La norma de Pp siguiendo a HRUSCHKA también puede enunciarse como “no se prohíbe  $\alpha$ ” porque el hecho de que una norma obligatoria consista en que se “prescribe  $\alpha$ ” habrá de implicar necesariamente que “ $\alpha$ ” no esté prohibido. Igualmente, la norma Pn puede enunciarse como “no se prescribe  $\alpha$ ” dado que ante la existencia de una norma prohibitiva que consiste prohibir “ $\alpha$ ” se deducirá la inexistencia de una prescripción o deber para realizar “ $\alpha$ ”<sup>676</sup>.

Agrupando las *normas obligatorias* y *prohibitivas* en una sola categoría tendríamos que ellas son “normas imperativas”. Mientras que las demás serían “normas permisivas o facultativas.” Veamos, pues, su graficación:

**Gráfica 5.** Cuadro deontológico.



Fuente: propia.

675 La realización de esta clasificación está inspirada tanto en Norberto BOBBIO [Teoría General del Derecho. Op., cit. p. 138] como en HRUSCHKA, Joachim. Sobre la utilidad del hexágono deontológico para el Derecho. En: Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008. p. 32 y ss.

676 Ibid., p. 32 y 33.

- Teniendo en cuenta que para los *enunciados prescriptivos* o *directivos* no es posible aplicar el criterio de valoración *verdad/falsedad*, como sí ocurre con los *enunciados informativos*, en el ámbito de las normas se utiliza, para efectos de lógica deóntica, el criterio de *validez/invalidéz* que haría referencia a la *efectiva pertenencia* de la “norma” al “ordenamiento jurídico” como derivación hermenéutica de un enunciado normativo que realmente existe acorde las reglas procedimentales de creación del Derecho Positivo.

El profesor Joachim HRUSCHKA<sup>677</sup> prefiere utilizar las expresiones “correcto” / “incorrecto” en vez de “validez” o “invalidéz”, pero con idéntico significado a estos sin asociarlas a contenidos axiológicos propios de la pretensión de corrección, por ejemplo, de Robert ALEXY.

Lo anteriormente expuesto trae como consecuencia las siguientes leyes para las oposiciones normativas expuestas:

**Tabla 17.** Leyes del cuadro deontológico.

OPOSICIÓN	NORMAS RELACIONADAS	LEYES ACERCA DE LA VALIDEZ O INVALIDEZ DE UNA NORMA
Contrarios <sup>678</sup>	O – Ph	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. No pueden ser ambas válidas</li> <li>2. Pero pueden ser las dos inválidas</li> <li>3. De esta manera, si es posible que una sea válida y la otra inválida</li> </ol>
Subcontrarios <sup>679</sup>	Pp – Pn	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Pueden ser ambas válidas</li> <li>2. Pero no pueden ser las dos inválidas</li> <li>3. Si la norma Pp es válida entonces el Pn es indeterminado (dado que puede ser válido o inválido) y viceversa.</li> <li>4. Si la norma Pp es inválida entonces necesariamente Pn será válida y viceversa.</li> </ol>

677 Ibid., 34. Ver pie de página 7.

678 Al tiempo no podrían ser válidas, por ejemplo: “*Debes correr la mesa*” y “*Está prohibido correr la mesa*”. Sin embargo, sí puede que ambas sean *inválidas* pues podría no existir ni el deber de hacer algo ni la prohibición de hacerlo. Este espacio pleno de libertad no regulado jurídicamente podríamos denominarlo de acuerdo con Georg Henrik von WRIGHT permiso débil [Norma y acción. Una investigación lógica. Madrid: Editorial Tecnos, 1970, p. 101 y ss]. Idéntica calificación la vemos en: ALCHOURRÓN, Carlos E. & BULYGIN, Eugenio. Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias normativas. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2013, p. 176.

Subimplicantes <sup>680</sup>	O – Pp Ph – Pn	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Si la norma imperativa (O, Ph) es válida, entonces la permisiva (Pp, Pn) es también válida</li> <li>2. Pero si la norma permisiva (Pp, Pn) es válida, entonces la imperativa (O, Ph) es indeterminada</li> <li>3. Si la norma permisiva (Pp, Pn) es inválida, entonces la imperativa (O, Ph) es inválida</li> <li>4. Pero si la norma imperativa (O, Ph) es inválida, entonces la permisiva (Pp, Pn) es indeterminada</li> </ol>
Contradictorios <sup>661</sup>	O – Pn Ph – Pp	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Si una es válida la otra es inválida y viceversa</li> <li>2. Ni ambas válidas, ni ambas inválidas</li> </ol>

Fuente: propia.

- Aplicando las reglas anteriormente vistas a estas oposiciones que son *incompatibles* los casos en los que: (1) una norma *manda* lo que otra *prohíbe*; (2) una norma *manda hacer* lo que otra *permite no hacer*; y (3) una norma *prohíbe hacer* lo que otra *permite hacer*.
- La tabla de validez / invalidez sería la siguiente:

679 Al tiempo podrían ser válidas las normas “puedes correr la mesa” y “puedes no correr la mesa” aunque la invalidez de ambas es lógicamente imposible dado que, si no existe la posibilidad de realizar un acto, **debe** entonces existir la posibilidad de no hacerlo. En consecuencia, si la norma “puedes correr la mesa” es válida, entonces, la regla “puedes NO correr la mesa” podrá ser tanto válida como inválida, es decir, indeterminada. Por el contrario, si la norma “puedes correr la mesa” es inválida entonces **necesariamente** “puedes NO correr la mesa” será válida y viceversa. El permiso positivo también enunciarse como “no se prohíbe  $\alpha$ ” y el permiso negativo como “no se prescribe  $\alpha$ ”. Y ello es así porque si “no se prohíbe algo”, entonces, está permitido hacerlo.

680 Si el imperativo “debes correr la mesa” es válida (que es el género) la regla facultativa “puedes correr la mesa” **necesariamente** será válida (como especie de aquella regla general). No funciona, en cambio, al contrario, dado que si “puedes correr la mesa” es una norma válida no por ello tendrá que existir un imperativo que imponga la obligación de correr la mesa. En consecuencia, la norma “puedes correr la mesa” en cuanto su validez será indeterminada. Pero, cuando la norma permisiva sea inválida **necesariamente** su versión imperativa total también lo será. Así pues, la invalidez de “puedes correr la mesa” conlleva la invalidez de “debes correr la mesa”. Por último, la invalidez del imperativo “debes correr la mesa” trae consigo la imposibilidad de saber si la norma “puedes correr la mesa” sea válida o inválida, pues puede ocurrir que ni deba hacer algo, ni tampoco pueda.

681 Si una norma obliga a hacer algo, no puede al mismo tiempo existir la posibilidad o el permiso de no hacerlo. Ejemplo: si la norma “debes correr la mesa” es válida, entonces será inválido que “puedes no correr la mesa”. Igualmente, si una norma prohíbe algo no es posible que al tiempo otra norma permita hacerlo.

**Tabla 18.** Tabla de validez e invalidez.

	O	Ph	Pp	Pn
O es válido	V	I	V	I
O es inválido	I	Ind.	Ind.	V
Ph es válido	I	V	I	V
Ph es inválido	Ind.	I	V	Ind.
Pp es válido	Ind.	I	V	Ind.
Pp es inválido	I	V	I	V
Pn es válido	I	Ind.	Ind.	V
Pn es inválido	V	I	V	I

Fuente: propia.

El hecho de que no puedan ser válidas al tiempo la *norma prohibitiva* (Ph) del tipo “*se prohíbe  $\alpha$* ” y la *norma de permiso positivo* (Pp) del tipo “*se permite  $\alpha$* ” implica que demostrada la invalidez de la prohibición se tenga por probada la validez necesaria de la permisión positiva. Sin embargo, el hecho de que Pp sea *válida* no permite establecer si la *norma obligatoria* (O) del tipo “*se prescribe  $\alpha$* ” es *válida o inválida*, siendo por lo tanto posible que no esté prohibido “ $\alpha$ ” y que pese a ello exista el mandato o la obligación de hacer “ $\alpha$ ”. Igualmente, la validez de Pp nada nos dice sobre la *norma de permiso negativo* (Pn) del tipo “*se permite no  $\alpha$* ”, por lo que en últimas podría ser que aun cuando sea válida una *norma* que establezca que “*se permite pagar impuestos*”, no exista la posibilidad de no hacerlo pues la *norma* “*se permite no pagar impuestos*” sea inválida ante la presencia de otra *norma* contradictoria válida que prescriba el acto positivo de pagar los correspondientes tributos.

Entonces, siguiendo a FERRAJOLI y BOBBIO, el cuadrado deontológico permite fácilmente relacionar 4 tipos de normas: (1) las obligatorias (“*no permitido que no*” o “*se prescribe  $\alpha$* ”); (2) las prohibitivas (“*no permitido que*” o “*se prohíbe  $\alpha$* ”); (3) las de permiso positivo (“*permitido que*” o “*no se prohíbe  $\alpha$* ”); y (4) las de permisivo negativo (“*permitido que no*” o “*no se prescribe  $\alpha$* ”). No obstante, es cierto como dice HRUSCHKA que tanto el permiso positivo como el negativo (al cual llama “exención” siguiendo de cerca de HART) son *relativos* pues la *norma* que establece

“*se permite  $\alpha$* ” no excluye necesariamente la prescripción o mandato de “ $\alpha$ ”. Así mismo, la exoneración de un acto mediante una norma que determine que “*se exime de  $\alpha$* ” no se considerará tampoco absoluta pues “*relativamente eximida es una acción que no se prescribe, pero que puede estar prohibida*” dado que la validez del permiso negativo (Pn) no conlleva necesariamente la invalidez de la prohibición.

A lo expuesto, debe sumársele las consideraciones de FERRAJOLI quien explica la necesidad de ampliación del cuadrado deontológico a un hexágono ante el hecho incontrastable de que no existe un espacio en él donde puedan relacionarse satisfactoriamente: (1) una norma que permita algo *absolutamente* mediante la conjunción de dos directrices del tipo “*se permita hacer  $\alpha$* ” y “*se permita no hacer  $\alpha$* ”; y (2) una norma que vincule disyuntivamente la prohibición [“*no permitido que*”] y la obligatoriedad (“*no permitido que no*”), lo que en otras palabras representaría, siguiendo a HRUSCHKA, que “*no se permite absolutamente  $\alpha$  = no se exime absolutamente de  $\alpha$  = se prescribe o se prohíbe  $\alpha$* ”, aclarándose que la disyunción no implica la simultaneidad sino la alternatividad, pues “*rige la ley ‘no-(no-p y no-q) = p o q’*. Se trata de la denominada en Lógica ‘tercera ley de Morgan’. Si referimos esta ley al hexágono deontológico, entonces es válido el enunciado: *si no se da el caso que no se prescribe ni prohíbe  $\alpha$ , entonces  $\alpha$  ha de estar prescrito o prohibido.*” Al respecto es importante recordar que la negación ( $\neg$ ) de la conjunción ( $\wedge$ ) es la disyunción ( $\vee$ ) de las negaciones y la negación de la disyunción es la conjunción de las negaciones. De esta manera “ $\neg (p \wedge q)$ ” es lo mismo que “ $(\neg p) \vee (\neg q)$ ”, y “ $\neg (p \vee q)$ ” es lo mismo que “ $(\neg p) \wedge (\neg q)$ ”.

Ahora bien, cuando lo que ocurre es que se “niegan” los elementos que su vez son negados en la conjunción de clases bajo la forma lógica  $\neg(\neg p \vee \neg q)$  se aprecia que la ley tercera Ley de Morgan a la que alude HRUSCHKA conlleva a que la negación de la negación implique la afirmación de cada elemento y su consecuente disyunción así:  $\neg(\neg p \wedge \neg q) = (p \vee q)$ , lo cual traducido a lenguaje imperativo implicaría que al *negar* la “conjunción” de una *norma obligatoria* que ha sido también negada y de una *norma prohibitiva* igualmente negada [ $\neg(\neg O \wedge \neg Ph)$ ], se obtendría la “disyunción” de una *norma obligatoria* y una *norma prohibitiva* [( $O \vee Ph$ )] como se puede ver en el siguiente ejemplo:

- Forma lógica total de la Tercera Ley de Morgan aplicada al Derecho: [ $\neg(\neg O \wedge \neg Ph) = (O \vee Ph)$ ]

- Enunciación no formal de la Tercera Ley de Morgan en normas imperativas: [No (No “se prescribe – u ordena – que corras la mesa” y No “se prohíbe que corras la mesa”) = (“se prescribe – u ordena – que corras la mesa” o “se prohíbe que corras la mesa”)]

En este punto, y antes de mostrar cómo quedaría el *hexágono deontológico* completo, se precisa hacer una clarificación en torno a la palabra *disyunción*: la palabra “O” en español tiene dos significados distintos asociados con diferentes perspectivas de disyunción. De esta manera, una **disyunción débil o incluyente** (que es la que aquí se utiliza) “tiene el sentido de ‘cualquiera, posiblemente ambos’. (...) La disyunción inclusiva de dos enunciados se interpreta como una aseveración de que al menos uno de los enunciados es verdadero (...)” por ejemplo, en el mundo del derecho, cuando se afirma que “el deudor puede cumplir con su obligación pagando con una suma en dinero igual a cien mil dólares o con un objeto cuyo valor sea equivalente a dicha suma” lo que en últimas se está queriendo decir es *cualquiera* de las dos formas de pago es válida o correcta. Igualmente, si se toma un precepto de la Constitución Política colombiana como el que a continuación se transcribe, se puede ver fácilmente la *disyunción débil o incluyente*:

**“ARTICULO 3.** La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.”

Nótese que bajo la disyunción aquí mencionada será válido o correcto el ejercicio de la soberanía por parte del pueblo tanto de manera directa como a través de sus representantes e inclusive de ambas formas. Esto se justifica porque las leyes de validez que operan para la disyunción débil son las siguientes:

**Tabla 19.** Tabla de validez e invalidez para la disyunción débil

$p$ (O)	$q$ (Ph)	$p \vee q$ (O v Ph)
V	V	V
V	F (I)	V

F (I)	V	V
F (I)	F (I)	F (I)

Fuente: propia.

Como puede verse *es posible* que, si la proposición *O* es verdadera y *Ph* igualmente lo sea, resulte también verdadera la disyunción débil *O* o *Ph* mencionada. Sin embargo, debajo de la abreviatura de falsedad (F) se colocó la abreviatura de invalidez (I) porque como se dijo líneas atrás para el lenguaje imperativo no se maneja la oposición *verdad / falsedad*, sino *validez / invalidez*. En consecuencia, en un ordenamiento jurídico, respecto a *normas prohibitivas* y *normas obligatorias* es posible su disyunción débil y la validación de su disyunción bajo las reglas que fija la anterior tabla.

El *segundo* sentido de la palabra *disyunción* es entendiéndola de forma *fuerte o excluyente* en donde “el significado no es ‘al menos uno’, sino ‘al menos uno y a lo sumo uno’. Cuando en un restaurante se lista ‘café o postre’ en el menú de la cena, claramente se quiere decir que, por el precio fijado de la comida, la cena puede contener uno o el otro, **pero no ambos**. Cuando la precisión tiene importancia primordial y se desea el sentido excluyente de ‘o’, a menudo se añade la frase ‘pero no ambos’.”

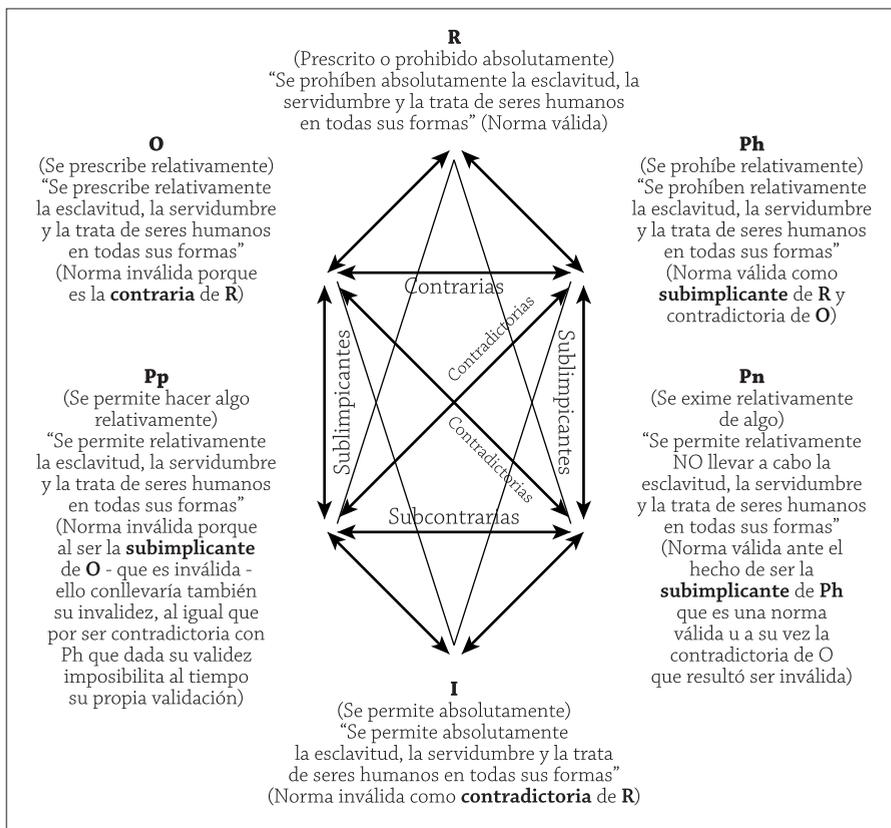
A la disyunción débil según la cual *no se permite absolutamente*  $\alpha$  = *no se exige absolutamente de*  $\alpha$  = *se prescribe o se prohíbe*  $\alpha$  (en los términos HRUSCHKA) o simplemente *vinculado* (en palabras de FERRAJOLI) le corresponde un lugar o posición diferente al que ocupan los demás operadores deónticos en el cuadrado referenciado. Por ende, dado lo limitado del cuadrado al no incluir en sus relaciones lógicas lo *absolutamente permitido* (facultativo o indiferente en términos de KALINOWSKY) y lo *no permitido absolutamente* (vinculado o reglado) se tendría que ampliar el espectro relacional en un auténtico *hexágono deontológico* en el cual se conecten racionalmente múltiples *cuadrados deontológicos* que permitan la comprensión de las relaciones existentes entre los 6 operadores deontológicos ya mencionados.

Al margen de las anteriores referencias realizadas, el hexágono deontológico es útil en la medida en que vincula satisfactoriamente mediante leyes de implicación, contrariedad, subcontrariedad y oposición las 6 hipótesis normativas posibles en un ordenamiento jurídico, de las cuáles dos de ellas no aparecen representadas en el cuadrado aristotélico, tales como:

- I. Lo *regulado* de manera absoluta (R) mediante *prescripción* o *prohibición* sin excepciones de ningún tipo como, por ejemplo, la siguiente norma colombiana: “*Se prohíben la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas.*” (Artículo 17 de la Constitución Política).
  
- II. Lo *indiferente* (I) para el derecho, que sería a su vez lo absolutamente permitido, porque el ordenamiento jurídico ni prescribiría su actuar, ni su omisión, pero tampoco prohibiría cada uno de dichos comportamientos. Un ejemplo es la actividad de dormir en las horas y días no laborables, piénsese en un fin de semana. Sobre dicha actividad el Derecho nada dice: ni ordena el dormir, ni el dejar de hacerlo, al igual que de ninguna forma prohíbe la realización de dicha actividad o su omisión.

Así las cosas, el *hexágono deontológico* sería el siguiente:

Gráfica 6. Hexágono deontológico



Fuente: propia.

Bajo esta lógica, se podrían diferenciar en el **Derecho Penal** un par de conceptos que a veces se muestran como contradictorios así: la *norma que prohíbe matar* es un Ph y en consecuencia una norma relativa que decae ante una *exención relativa* (Pn) como la *legítima defensa* ¿Por qué? Porque con el hexágono deontológico lo que se demuestra es que pueden convivir en un sistema *permisos relativos* si existen *prohibiciones relativas*, a diferencia de lo que sucede cuando el "hecho" se encuentra **R**; es decir, absolutamente prohibido, lo cual no es el caso de las normas jurídicas de derecho penal que son siempre **prohibiciones y prescripciones relativos** que, por ende, mediante normas de justificación admiten exenciones o permisiones positivas de carácter, también, relativo.

### 3.3.1.1.1 La construcción de un sistema penal a partir la teoría de las normas.

Quisiera comenzar este acápite diferenciando el siguiente par de conceptos: *ordenamiento jurídico penal* y *sistema jurídico penal* para así lograr clarificar parte de los argumentos que le dan sustento a la presente investigación<sup>682</sup>. Así pues, es imprescindible afirmar que el primero de ellos se concibe como aquel conjunto de “disposiciones legales” o “enunciados normativos” que se encuentran *dispersos* en el bloque de constitucionalidad y las leyes penales cuya función es definir los comportamientos que en un momento y espacio determinados serán considerados un “delito” con la finalidad de proteger los bienes jurídicamente tutelados por un Estado Social, Liberal y Democrático de Derecho. En cambio, será definido el *sistema jurídico penal* como aquel conjunto organizado de *normas primarias* y *secundarias* que, obtenidas de la interpretación realizada a los enunciados normativos integrantes del *ordenamiento jurídico penal*, sean sintetizadas bajo categorías dogmáticas a través de las cuales se establezcan los presupuestos necesarios para juzgar o valorar una conducta

---

682 Tal distinción está inspirada en la *Teoría Comunicacional del Derecho* fundada por el profesor Gregorio ROBLES quien ha explicado lo siguiente: “El **ordenamiento jurídico** es el texto global que comprende todos los textos parciales de carácter normativo que están vigentes en un determinado momento en una determinada sociedad. (...) Ahora bien, esa totalidad textual que es el ordenamiento presenta algunos problemas para poder ser aplicado a los casos. Los diversos textos que lo componen han sido objeto de la decisión de distintas autoridades, que no siempre coinciden con sus puntos de vista. Se han producido en diversos momentos, dominados por preocupaciones dispares. Además, muchos de estos textos, por no decir todos, presentan lagunas, imperfecciones del lenguaje, solapamientos, contradicciones, ambigüedades, expresiones demasiado poco concretas. Manejan conceptos difíciles de captar a primera vista y las fórmulas legales son demasiado breves para aclararlos. En suma, el texto total que es un ordenamiento jurídico precisa de una elaboración doctrinal que se proponga resolver todas esas cuestiones y que ofrezca los contenidos de significado de esos textos, bajo una forma de sistema ordenado y coherente, en el cual se depure el lenguaje, se aclaren conceptos, se resuelvan contradicciones, se disuelvan las ambigüedades, se concrete lo genérico.” (Dogmática jurídica y teoría de textos. En: GONZÁLEZ MONGUÍ, Pablo Elías. Argumentación, lógica y hermenéutica jurídica contemporánea. Bogotá: Universidad Libre de Bogotá, Facultad de Filosofía, 2011. p. 84). “El sistema es el resultado de la elaboración doctrinal o científica del texto bruto del ordenamiento. El sistema implica la ordenación del material jurídico y su interpretación. Es la presentación del Derecho de una manera sistemática, conceptualmente depurada, libre de contradicciones y de ambigüedades. Si el ordenamiento lo proporcional el legislador o, para ser más exactos, los operadores jurídicos que tienen competencia o capacidad para emitir decisiones normativas, el sistema es el producto de la labor de los juristas científicos, de la doctrina. (...) El texto que resulta de la labor de los juristas, de la doctrina, es el texto jurídico elaborado. A ese texto jurídico elaborado lo llamamos sistema jurídico.” (ROBLES. Gregorio. Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho. Volumen I. 6ª ed. Pamplona: Civitas & Thomson Reuters, 2015. p. 142)

como delito y viabilizar la imposición de una pena por su ejecución o facilitación deontológicamente imputable<sup>683</sup>.

Lo expuesto se relaciona íntimamente con la expresión *Derecho Penal* cuya inmensa polisemia es fuente también de muchas controversias. Sin embargo, tiene al menos tres significados principales aceptados de forma mayoritaria: el primero de ellos, hace alusión a un Derecho Penal en *sentido objetivo* (*ius poenale*) definido, desde tal óptica, como aquel conjunto de *normas jurídicas* derivadas del derecho positivo vigente cuya finalidad consistiría en determinar, valorar y describir detalladamente qué conductas de acción y omisión se encuentran prohibidas por el ordenamiento jurídico, asignándole a la infracción de las mismas dos modalidades de sanción: penas y medidas de seguridad. Las primeras para el caso de personas con plena capacidad para comprender lo ilícito de sus actos y determinarse de acuerdo a esa comprensión (esto es, personas imputables) y la segunda, para quienes carecen de alguna de esas dos formas de capacidad (es decir, inimputables).

Así mismo, cuando se usa la expresión “Derecho Penal” puede ocurrir que se haga referencia a éste en un *sentido subjetivo* (*ius puniendi*), en cuyo caso, correspondería a la facultad que tiene el Estado para castigar ya sea (1) creando el Derecho Penal en sentido objetivo, es decir, estableciendo qué está prohibido y qué no, y cuál ha de ser el castigo por no obedecer tales imperativos; (2) ejecutando a través de medidas policivas el derecho penal creado; (3) aplicando, mediante la función jurisdiccional, la sanción penal correspondiente ante la demostrada infracción de la ley penal positiva; y (4) haciendo cumplir la sanción penal endilgada en una sentencia ejecutoriada, por medio de la fuerza si es necesario. No obstante, esta facultad del Estado no es omnipotente; tiene límites, y esos límites, del legislador, la fuerza pública y los jueces, son denominados comúnmente como *principios limitadores del ius puniendi*.

Finalmente, el “Derecho Penal” también es equiparable a las expresiones *Ciencia del Derecho Penal* y *Dogmática Jurídico-Penal*. Desde esta óptica,

---

683 A diferencia de esta perspectiva el profesor Raúl Eugenio ZAFFARONI considera que el sistema penal es “el conjunto de agencias que operan la criminalización (primaria y secundaria) o que convergen en la producción de éste.” *Derecho Penal, Parte General*. Op., cit. p. 18.

podría ser definido como aquél cuerpo teórico obtenido del razonamiento científico realizado al derecho positivo vigente mediante la interpretación, sistematización y crítica del mismo con base a los principios limitadores del *ius puniendi* y la lógica configurativa de la *teoría científica* (clásica, neoclásica, finalista, funcionalista, etc.) que el doctrinante escoja.

Esta *Dogmática Jurídico-Penal*<sup>684</sup> no debe ser confundida con el “método dogmático”, puesto que aquella sería una expresión sinónima de *Ciencia del Derecho Penal*, mientras que este último aludiría al método científico utilizado por la doctrina penal para organizar el derecho positivo en un todo coherente y constitucionalmente compatible que viabilice su aplicación de forma fiable, segura, válida y acorde a los principios básicos de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Ahora bien, respecto a la manera cómo funciona y se articula el Derecho Penal (en los tres *sentidos* expuestos) es posible afirmar que su dinámica es la siguiente:

- I. Existe un Derecho Positivo o Derecho *puesto* (creado) por los hombres, que bien podría estar escrito o no como ocurre en el caso de la costumbre y las leyes consuetudinarias del Derecho Inglés. Más, por el *principio de legalidad*<sup>685</sup> en materia penal, éste ordenamiento jurídico suele estar escrito, teniendo en consecuencia la costumbre un valor muy limitado o inexistente, al no poderse, por ejemplo, utilizar para considerar que un determinado comportamiento es delito, dado que la prohibición penal de acciones y omisiones sólo es posible realizarla a través de la definición inequívoca, expresa y clara de las conductas que serán punibles de conformidad con una ley penal, positiva, estricta, clara y escrita.
- II. A su vez, ese Derecho Positivo se encuentra compuesto por una serie de *enunciados lingüísticos* denominados por la Teoría del Derecho como

---

684 La dogmática jurídico-penal como forma particular de hacer Ciencia del Derecho es definida por ROXIN de la siguiente manera: “es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal.” *Derecho Penal, Parte General*, Op., cit. p. 192.

685 COLOMBIA, CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 29.

*enunciados normativos* o *disposiciones* contenidas por lo general, en lo que aquí interesa, en los Códigos Penales y la Constitución Política. Sin embargo, dichas palabras son estáticas, frías e inoperantes por sí solas, pues requieren siempre de ser *interpretadas* para descubrir y derivar de ellas las “normas” o “significados” que contienen las mismas<sup>686</sup>.

- III. No obstante, no es suficiente con *interpretar* los enunciados normativos allí contenidos. También es necesario *organizar* o *sistematizar* esas *normas* encontradas en un todo coherente, en un cuerpo teórico; es decir, en un sistema.
- IV. Ese sistema recibe el nombre de *Teoría del Delito*, pues organiza un esquema de responsabilidad penal que va reuniendo coherentemente las distintas normas encontradas para generar, a partir de ellas, unidades simples de agrupación o dogmas, los cuales, como si fueran axiomas, permiten la derivación de los elementos configurativos del Delito; esto es, los elementos necesarios para que exista responsabilidad penal.
- V. La *Teoría del Delito* para la edificación de su “sistema”, tal y como se dijo líneas atrás, se vale de un procedimiento denominado *método dogmático* cuya aplicación secuencial es llevada a cabo mediante tres pasos<sup>687</sup>:

*Primero la interpretación* que consistiría en desentrañar el significado de los enunciados normativos existentes en los textos legales; es decir, en hallar las normas aplicables a las distintas hipótesis factuales. Tal ejercicio

---

686 La distinción entre enunciado normativo y norma se encuentra claramente en: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2ª ed. 2012.

687 Se sigue en lo fundamental a VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2013. p. 12 y ss. No obstante, para que la derivación de las categorías dogmáticas básicas a partir de los principios comunes hallados en los distintos modelos de razonamiento penal sea válida (en el sentido de auténticas deducciones lógicas) se requerirá superar, adicionalmente, 8 controles: 1.) el control ejercido por el análisis semántico de las disposiciones; 2.) el control representado por la interpretación conforme a las legislaciones superiores; 3.) el control derivado, inevitablemente, de los datos ontológicos existentes; 4.) la coherencia o al menos diálogo con las investigaciones empíricas previas; 5.) el correcto uso del lenguaje; 6.) la conformidad del sistema con la política criminal internacional a nivel externo; 7.) el control lógico, axiológico y sistemático o de coherencia interna; y 8.) la conformidad del sistema con la política criminal internacional a nivel interno. Para la utilización de estos controles se tiene en cuenta a: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012. p. 275 y ss.

interpretativo se realiza mediante el uso de cuatro métodos hermenéuticos concretos:

- a. El *método analítico o gramatical*: a partir del cual se extrae el sentido de las palabras desde 3 perspectivas: *primero*, de conformidad con el uso corriente de las mismas; *segundo*, de acuerdo al significado técnico-jurídico propio de cada rama del derecho desde la que se busque definir la palabra en cuestión (*sedes materiae*); y *tercero*, utilizando el significado característico de otras ciencias o técnicas a las cuales haga alusión el enunciado normativo (*neologismo*)
- b. El *método teleológico*: con el que se determina el significado de la ley a partir del espíritu de esta o de su finalidad implícita. Para tales efectos, primero se examina la finalidad histórica (directiva teleológica subjetiva), (el fin del creador del texto jurídico en el momento de su emisión, y luego la finalidad funcional directiva teleológica objetiva), el fin del texto jurídico en la sociedad actual.<sup>688</sup>
- c. El *método lógico-sistemático*: con él se determina el significado de la ley a partir del análisis de cada una de sus partes, de tal manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Para ello se utilizan: (1) las reglas deductivas y constitutivas tanto de la lógica formal como de la lógica jurídica; y (2) la “directiva sistemática de coherencia” mediante la cual se conectan las normas obtenidas en los procedimientos anteriores, con las de los otros enunciados normativos, de tal manera que se eviten al máximo las antinomias jurídicas.
- d. Y, por último, el método de la *compatibilización constitucional* mediante el cual se verifica si las “normas” legales obtenidas anteriormente son inconstitucionales o no, propendiendo por lograr la armonización entre

---

688 Ver al respecto: FERRER MURILLO, Jhon Mario. Teoría de la interpretación jurídica. En: Interpretación y argumentación jurídica. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2013. p. 46.

los dispositivos legales y la Constitución Política mediante el principio de “conservación del derecho”<sup>689</sup>.

El *segundo paso* del método dogmático es la *sistematización*, puesto que los “dogmas” obtenidos en la interpretación de la ley se procede a construir un “sistema” mediante el cual sea posible solucionar los casos sometidos al mismo. Esto significa, que a través de la *sistematización* se elabora la *Teoría del Delito* correspondiente para el orden jurídico-penal de un determinado país.

No obstante, puede ocurrir que el *sistema* producido a partir de los textos legales sea una completa incorrección, resulte anacrónico, inconstitucional o definitivamente inarmónico, situación ante la cual habría que someterse a cambio la ley penal, si el *sistema* construido es erróneo por derivación ineludible de la ley y no por yerros en la elaboración del intérprete, lo cual es evidenciado gracias al *tercer paso* del método dogmático: la *crítica*.

VI. Para que la articulación del Derecho Penal en los tres sentidos expuestos logre la construcción de una *teoría del delito* que tenga aceptación en la comunidad científica y eficacia en la praxis judicial se requiere que ella posea tres cualidades<sup>690</sup>: (1) *completividad lógica*, esto es, que no resulte autocontradictoria y respete los principios básicos de la racionalidad; (2) *compatibilidad legal y constitucional*, por cuanto la doctrina no puede ir *contra legem*; y (3) *armonía jurídica*, dado que, si la teoría carece de estética, sencillez y simetría, ningún jurista la acogerá y quedará en el olvido

Pero, ¿cómo cuántas y cuáles *normas* pueblan el *sistema jurídico penal*? ¿son acaso *normas subjetivas de determinación* (de conducta) o *normas objetivas de*

---

689 Al respecto la CORTE CONSTITUCIONAL, en Sentencia no. C-065 de 1997, 11 de febrero de 1997. M.P.: Jorge Arango Mejía y Alejandro Martínez Caballero.

: “La jurisprudencia de esta Corporación considera que uno de los criterios que debe orientar sus decisiones es el llamado “principio de la conservación del derecho”, según el cual los tribunales constitucionales deben siempre buscar conservar al máximo las disposiciones emanadas del Legislador, en virtud del respeto al principio democrático. Por ello si una disposición admite una interpretación acorde con la Carta, es deber de esta Corte declararla exequible de manera condicionada, y no retirarla del ordenamiento”.

690 Al respecto ver: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; y SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 79.

*valoración?* Para lograr descifrar el *fundamento* mismo del Derecho Penal y así dar unas respuestas satisfactorias a dichos interrogantes que, además, brinden las premisas básicas en la cual se soporta la tesis de investigación sostenida en el presente capítulo, será entonces necesario hacer un recorrido desde la “*disposición legal*” para llegar finalmente las *normas* constitutivas de todo el edificio que compone el *sistema jurídico penal* como producto mejorado de la interpretación y armonización del *ordenamiento jurídico penal*.

Así las cosas, el *intérprete* del “enunciado normativo” mediante la aplicación de una hermenéutica jurídica particular (El método dogmático) busca inicialmente deducir, no por derivación lógica, sino por una “*relación de sentido*” las “normas” que subyacen a la caótica producción legal de carácter penal, para luego de ello comenzar el proceso de sistematización lógica a partir de la cual se obtenga la compatibilización normativa que exige naturalmente todo ordenamiento jurídico que se precie de tener como principio general el mantenimiento y aplicación de la seguridad jurídica.

La *interpretación* que se realiza de la totalidad de las “disposiciones legales” relacionadas con el Derecho Penal permite deducir que existen *normas* o *reglas de conductas* dirigidas tanto al ciudadano como al juez. En el caso de los ciudadanos es verificable la presencia de prohibiciones, órdenes y permisos (o facultades) tanto para hacer como para no hacer. Respecto a los jueces, a diferencia de los anteriores, vemos que existen una serie de normas encargadas de ordenar la aplicación de sanciones penales a los ciudadanos que con su actuar realicen los supuestos fácticos jurídicamente establecidos.

Pero, ¿cómo del *enunciado legal*, por ejemplo, “el que matare a otro incurrirá en prisión de X años”, puede deducirse una *norma primaria* que, dirigida al ciudadano, le establece un imperativo como el de “está prohibido matar”? Sin lugar a dudas, no por *deducción lógica*, pero si por una inferencia que, siguiendo al profesor SILVA SÁNCHEZ, se ha denominado *relación de sentido*. Al respecto, y coherente con dicha postura, el profesor Santiago MIR PUIG explica lo siguiente:

“Más oscura es, sin embargo, la relación que existe entre los textos legales y las normas que prohíben los delitos, las ‘normas

primarias', también llamadas 'normas de conducta'. Éstas ni se expresan en un texto legal ni resultan de la coordinación del sentido lingüístico expreso de varios textos legales. Tampoco pueden deducirse lógicamente de los preceptos jurídico-penales. No es posible construir ningún silogismo válido que de la premisa de que un determinado hecho esté penado por la ley permita inferir la conclusión lógica de que tal hecho está prohibido. (...) de la premisa 'matar está penado' no cabe deducir 'matar está prohibido', porque el sentido lingüístico de 'está penado' no incluye el de 'está prohibido'. Para una deducción lógica sería necesaria una premisa mayor que dijera: 'todo hecho penado está prohibido'. (...) Pero el caso es que no hay ningún texto legal que exprese que 'todo hecho penado está prohibido'.

(...)

Aunque no sea posible deducir lógicamente la norma primaria de los textos legales que expresan la punición de un hecho, parece razonable suponer que cuando el legislador pena un hecho al mismo tiempo está queriendo prohibir, si no lo estaba por alguna otra norma no penal, por lo menos está queriendo convertir su prohibición en una prohibición bajo pena, en una prohibición penal. (...) Esta prohibición no se formula expresamente, pero puede considerarse transmitida tácitamente por los textos legales que señalan una pena a un hecho.”<sup>691</sup>

En consecuencia, las *normas primarias* (prohibitivas) no se derivan lógicamente de los *enunciados legales*, como sí ocurre con las categorías dogmáticas, que se obtienen a partir de las reglas que aquellas y las normas secundarias contienen, sino que el proceso inferencial se produce por la utilización de métodos interpretativos donde, partiendo de lo razonable, y no de lo meramente racional, se encuentran los *significados* que el *texto legal* adquiere de conformidad

---

691 MIR PUIG, Santiago. Norma de determinación, valoración de la norma y tipo penal. En: GARCÍA VALDÉS, Carlos, Et al. (coordinadores). Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo II. Madrid: Edisofer S.L. Libros Jurídicos, 2008. p. 1315.

con su uso, teleología y contexto, a lo que debe sumarse el natural proceso de sistematización que deberá realizarse al comparar la *descripción* penal con los demás textos normativos a los cuales se integre.

En el siguiente ejemplo: ¿Cómo *infero* la *norma primaria* “prohibido matar” del *enunciado legal* “el que matare a otro incurrirá en prisión de X años” del art. 103 del CP colombiano? La verdad es que el sentido común lleva a concluir que, por simple inspección, es evidente que si algo se castiga es porque se busca impedir y si algo se impide limitando mi espacio de libertad es porque se encuentra prohibido, dado que una prohibición no es otra cosa que la restricción de los espacios naturales de libertad. No obstante, esta conclusión *interpretativa* puede ser apoyada observando otros textos legales que para el caso colombiano deben integrarse y serían los siguientes:

Por ejemplo, el artículo 6 de la Constitución Política dice que “*los particulares sólo son responsables ante las autoridades por **infringir** la Constitución y las leyes*”. Ahora bien, ¿qué comprendería este concepto de infracción? Según el Diccionario de la Real Academia Española tendría como acepción usual la “*transgresión, quebrantamiento de una ley, pacto o tratado, o de una norma moral, lógica o doctrinal.*” “Transgredir” a su vez significa “*violar un precepto*”. Ese precepto, en materia penal, según el artículo 29 de la Constitución Política, inciso 2, lo constituiría la realización de un “acto” imputable según las leyes penales preexistentes. Hasta este momento, tampoco es posible deducir de esas disposiciones y normas, por sí solas, la “prohibición” que se buscan de un comportamiento. Sin embargo, cuando el artículo 28 de la Carta Política dice que “*toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.*” Lo transcrito no es otra cosa diferente que la consagración clara de un enunciado normativo a partir del cual sí es posible deducir la prohibición penal que se ha echado de menos en el ordenamiento jurídico penal porque, según el aparte utilizado de la Constitución Política, el ámbito de libertad de una persona puede ser recortado únicamente por una ley (una de carácter penal por mandato expreso del art. 29 *ibídem*) y justamente cuando a través de una ley es que se impide el ejercicio de alguna libertad lo observado no es nada distinto de una prohibición, dado que por definición prohibir es “*impedir el uso o la ejecución*

*de algo*". De igual manera, a partir de la expresión "infringir" se deduce las normas secundarias positivas y así sucesivamente muchas normas más pues al enlazar preceptos constitucionales (usuales y comunes a Estados Sociales y Democráticos de Derecho) con las leyes penales, mediante un *sistemático ejercicio hermenéutico*, es que se posibilita realmente la creación de un *Sistema Jurídico Penal*. Por el contrario, pensar que todo un sistema de normas primarias y secundarias pueden ser deducidas tan solo de los enunciados legales que se encuentran consagrados en la parte especial de los Código Penales, es creer en lo imposible y además ser víctimas de una innecesaria necesidad. No por nada se le denomina al producto de la dogmática jurídico penal "sistema" y no por nada dentro de los métodos y pasos de la interpretación se encuentran el criterio sistemático, teleológico y de compatibilización de preceptos, dado que la única forma de edificar una ciencia penal que se precie de maximizar las garantías, la seguridad jurídica y la coherencia es mediante la armonización de todo el ordenamiento jurídico penal.

En ese orden de ideas, se llama al primer conjunto de *normas* deducidas de la interpretación efectuada a los "enunciados normativos" y, que son destinadas a los ciudadanos, al igual que lo hace la doctrina mayoritaria, como "normas primarias". Estas a su vez se dividirán en dos clases: *normas primarias imperativas* y *normas primarias facultativas*. Las "imperativas" serán clasificadas en (1) "prohibitivas" o "negativas" por tener la forma lógica de "no hagas X", y (2) "de mandato" o "positivas" por tener la forma lógica de "haz X". Las "facultativas", igualmente, serán clasificadas en (1) "normas primarias de facultad positiva" por tener la forma lógica "puedes hacer X", y (2) "normas primarias de facultad negativa" por tener la forma lógica "puedes no hacer X". Estas dos últimas normas serán formalmente antinómicas respecto a las *normas primarias imperativas*, pues aunque sobre ellas operen aparentemente las leyes lógicas de incompatibilidad, denominadas contradictoriedad, su conflicto será racionalmente soluble mediante la aplicación del **hexágono deontológico** y no solamente del cuadrado aristotélico, pues a partir de aquél se verificará que a nivel **lógico** las *normas primarias imperativas* no son más que **prohibiciones y prescripciones relativas** que, por ende, mediante normas de justificación admiten **exenciones o permisiones positivas** de carácter, también, **relativo** (*normas primarias facultativas*). Esto por cuanto, en últimas, las causales de justificación lo único que pondrán en evidencia es la imposibilidad de completar el nivel atributivo de *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado* al verificarse

que el hecho investigado no se encontraba abarcado por la prohibición establecida en la ley penal sino por el ámbito normativo de permisión jurídica.

Ahora bien, de las *normas primarias* expuestas y de una segunda interpretación realizada a los mismos textos legales y constitucionales que sirvieron de base para derivar aquellas se obtienen las reglas que se denominan *normas secundarias*. Ellas se dividen, a su vez, en dos clases: *normas secundarias de mandato positivo* y *normas secundarias de mandato negativo*. Las primeras establecen los presupuestos para la aplicación de una sanción penal mientras que las segundas determinan las causas por las que se exime de dicha responsabilidad. Ya en este punto es evidente, entonces, que la *infracción* de una *norma primaria imperativa* genera automáticamente el mandato de la *norma secundaria positiva* y la *concurrencia* de una *norma primaria facultativa* conlleva la producción del mandato que subyace a la *norma secundaria negativa*.

La forma lógica de la *norma secundaria de mandato positivo* es la siguiente: “Si ocurre ‘X’ entonces debes aplicar la sanción penal ‘Y’.” A su vez, la forma lógica de la *norma secundaria de mandato negativo* es la siguiente: “Si ocurre ‘no X’ entonces debes abstenerte de aplicar la sanción penal ‘Y’.” Esto nos lleva la pregunta de cuáles serían, entonces, los presupuestos que constituirían el contenido del supuesto de hecho “X” y “no X” ya mencionados, obteniendo para tales efectos la siguiente respuesta:

La norma secundaria positiva debe ser *seccionada* en sus partes más simples; esto es, separando el supuesto de hecho “X” de la sanción “Y”. La primera parte de la norma (es decir, “X”) será el producto de la *existencia de una norma primaria imperativa* y su *infracción*. La *norma primaria imperativa* cuando es dirigida al ciudadano se enuncia como “prohibido hacer X”, sin embargo, cuando se *incluye* como parte del supuesto de hecho de la *norma secundaria* su enunciación ya no es *prescriptiva* sino *descriptiva* por facilidades de técnica legislativa y maximización de las garantías derivadas del principio de legalidad habida cuenta que la responsabilidad penal se deriva únicamente por la *infracción* de un *acto descrito previamente por la ley*. En consecuencia, el estilo lingüístico que habrá de utilizarse por respeto a ese principio de legalidad tendrá que ser descriptivo y no preceptivo. Ello explica la semejanza lingüística que existe entre la enunciación de la *norma primaria prohibitiva* **cuando se incluye** como supuesto de hecho de

la *norma secundaria* y los enunciados legales estándares de la parte especial del Código Penal. De esta manera, es muy similar (aunque incompleto) el precepto del art. 103 de la ley penal colombiana (“el que matare a otro incurrirá en prisión de X años”) y el *supuesto de hecho* de la *norma secundaria* mencionada dado que esta última se enunciaría así: “*El que realice la conducta descrita por la ley penal y le sea objetiva, subjetiva y personalmente imputable, incurrirá en la sanción penal prevista por dicha disposición jurídica.*” Lo expuesto, conlleva a cambiarle el nombre a la *norma primaria imperativa*, una vez incluida como *supuesto de hecho* de la *norma secundaria positiva* y llamarla por las razones expuestas líneas atrás, *norma primaria descriptiva*. En ese orden de ideas, la *norma primaria imperativa* cuando es integrada a la *norma secundaria positiva* como *supuesto de hecho infringible* pasa a llamarse *norma primaria descriptiva* por el cambio de estilo lingüístico utilizado de **prescriptivo** a **descriptivo**. A partir de dicha norma, pueden irse deduciendo las categorías dogmáticas que estructuran el delito e igualmente los presupuestos necesarios o indispensables para que sea considerada realizada a plenitud la *infracción* de la *norma primaria descriptiva*. Así pues, se tendría como graficación de lo expuesto la siguiente tabla:

**Tabla 20.** Norma secundaria positiva.

NORMA SECUNDARIA POSITIVA Enunciación: Si ocurre “X” entonces se debe aplicar la sanción “Y”.	
ESTRUCTURA LÓGICA [Supuesto de hecho (“X”) + consecuencia jurídica (“Y”)]	
I. SUPUESTO DE HECHO (“X”) (Norma primaria descriptiva + Infracción]	
<b>PRIMER ELEMENTO: Existencia de una norma primaria descriptiva o prohibición penal (Elementos de la norma primaria)</b> <b>Enunciación:</b> “ <i>El que realice la conducta descrita por la ley penal y le sea objetiva, subjetiva y personalmente imputable, incurrirá en la sanción penal prevista por dicha disposición jurídica.</i> ”	<b>SEGUNDO ELEMENTO: Infracción de la norma primaria (Presupuestos o requisitos para considerar materializada la infracción: tipicidad + culpabilidad)</b>
<b>1. TIPO PENAL O INJUSTO</b> <b>(Requisitos de la conducta para ser prohibida)</b>	<b>1. TIPICIDAD</b>
<b>1.1 Tipo objetivo</b>	<b>1.1 Tipicidad objetiva</b>
<b>1.1.1 Tipo descriptivo</b> a. Sujetos <ul style="list-style-type: none"> <li>• Activo</li> </ul>	<b>1.1.1 Tipicidad descriptiva o adecuación formal</b>

<ul style="list-style-type: none"> <li>• Pasivo</li> </ul> <p>b. Conducta</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Acción u omisión exteriorizada descrita por el verbo rector</li> <li>• Previsible</li> <li>• Evitable</li> </ul> <p>c. Resultado</p> <p>d. Objeto material</p> <p>e. Complementos descriptivos y normativos (que precisan o caracterizan cualquiera de los anteriores elementos)</p>	
<p><b>1.1.2 Tipo atributivo</b></p> <p>a. Nexo causal</p> <p>b. Imputación objetiva</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Creación de un riesgo jurídicamente desaprobado al presentarse: (i) una efectiva <i>creación</i> del riesgo; (ii) constituir la conducta un comportamiento <i>lesivo</i>; y (iii) encontrarse <i>jurídicamente desaprobada</i><sup>692</sup> dicha acción u omisión desplegada por el agente.</li> <li>• Realización del riesgo en el resultado por: (i) existir evitabilidad del resultado ocasionado; (ii) estar el resultado cobijado por el fin de protección de la norma general; y (iii) existir previsibilidad del curso causal o del resultado</li> </ul>	<p><b>1.1.2 Imputación fáctica y normativa</b></p>
<p><b>1.2 Tipo subjetivo</b></p>	<p><b>1.2 Tipicidad subjetiva</b></p>
<p><b>1.2.1 Modalidad subjetiva de la conducta</b></p> <p>a. Dolo</p> <p>b. Culpa</p> <p>c. O preterintención</p>	
<p><b>1.2.2 Elemento subjetivo especial</b> (Propósito, ánimo, finalidad o deseo particulares)</p>	
<p style="text-align: center;"><b>2. CULPABILIDAD</b> <b>(Requisitos del sujeto para ser responsable)</b></p>	<p><b>2. CULPABILIDAD O REPROCHE</b></p>
<p>2.1 Exigibilidad de conducta conforme a derecho</p>	
<p>2.2 Consciencia de lo ilícito</p>	
<p>2.3 Imputabilidad</p>	
<p><b>II. CONSECUENCIA JURÍDICA (“Y”)</b> <b>(Sanción Penal)</b></p>	
<p>Pena</p>	<p>Medida de seguridad</p>

Fuente: propia.

---

692 Justamente el aspecto negativo en el cual se encuentran las causales de *justificación* sería el riesgo permitido.

Así mismo, para poder determinar la infracción de la norma primaria y en consecuencia considerar satisfecha la norma secundaria es necesario llevar a cabo la siguiente secuencia lógica de análisis:

**Tabla 21.** Juicio de responsabilidad penal.

EL JUICIO DE RESPONSABILIDAD PENAL Consiste en la verificación de la infracción de la norma primaria por parte del agente		
ESTADIOS DE ANÁLISIS	CONCLUSIONES DICOTÓMICAS DEL ANÁLISIS (Se obtienen al comparar los hechos investigados con los elementos de la norma primaria descriptiva o requisitos para la existencia de un delito)	
I. JUICIO DE TIPICIDAD	I. TIPICIDAD, ILICITUD PENAL O INJUSTO	II. ATIPICIDAD
1. Juicio de subsunción lógica o adscriptivo	1. Tipicidad objetiva formal	1. Atipicidad objetiva formal
2. Juicio atributivo	2. Tipicidad objetiva material	2. Tipicidad objetiva material
2.1 Juicio de imputación fáctica	2.1 Imputación fáctica del hecho	2.1 Ausencia de imputación fáctica del hecho
2.2 Juicio de imputación objetiva o antijuridicidad	2.2 Imputación objetiva	2.2 Ausencia de Imputación objetiva
3. Juicio de imputación subjetiva	3. Tipicidad subjetiva	3. Atipicidad subjetiva
II. JUICIO DE REPROCHE O IMPUTACIÓN PERSONAL	II. CULPABILIDAD	II. EXCULPACIÓN
1. Juicio de exigibilidad	1. Exigibilidad	1. Inexigibilidad
2. Juicio de conocimiento de la ilicitud	2. Conciencia de lo ilícito	2. Ausencia de conciencia de lo ilícito
3. Juicio de imputabilidad	3. Imputabilidad	3. Inimputabilidad

Fuente: propia.

Entonces, ¿cómo funcionan las causales de justificación en el sistema penal? Cuando se explicó anteriormente que las *prohibiciones penales* (*normas primarias imperativas*) no constituían nada distinto que una **prohibición relativa** se quiso decir con ello que existían ámbitos de libertad no regulados por la prohibición o prescripción penal. Por lo tanto, cuando el intérprete se halla ante una *causa de justificación* lo que ocurre es que el *juicio de tipicidad* termina arrojando como resultado la atipicidad del hecho, pero no porque se presente una excepción,

sino sencillamente porque **dicha conducta no estaría abarcada por el espectro formalmente penalizado por la ley.**

En consecuencia, lo que las *normas primarias imperativas* hacen es determinar dos cosas: (1) cuándo una conducta está prohibida y (2) cuándo un sujeto es responsable de su comisión. Las ausencias de responsabilidad en cambio lo que hacen establecer: (1) las hipótesis de conductas no prohibidas y (2) las hipótesis de sujetos no responsables.

Por ende, la **antijuridicidad** sería un elemento **extraño y redundante** en la configuración del delito al *viabilizar un nuevo juicio de prohibición conductual* ya superado por la *tipicidad* al estudiarse la imputación objetiva del comportamiento, con base en la cual se plantearía la paradoja de que ante la presencia de una causal de justificación se terminaría permitiendo **lo mismo** que la norma penal ya había prohibido. Por el contrario, con un esquema bipartito del delito, justamente cuando se examina si el hecho está o no prohibido por el Derecho Penal, las causales de justificación entrarían a decidir dicha problemática de forma definitiva y no parcial, evitándose así la violación del *principio lógico de no-contradicción* frente a las eximentes justificativas y un análisis *tautológico o redundante* respecto al estudio positivo de antijuridicidad.

### **3.3.2 Fundamentos para considerar las causales de justificación como criterios negativos de imputación objetiva: la íntima relación entre ellas y el riesgo permitido.**

3.3.2.1 *Presentación del modelo ampliado de riesgo permitido*: La expresión *riesgo permitido* admite gran multiplicidad de significados o alcances resumidos de la siguiente manera por el tratadista José Manuel PAREDES CASTAÑÓN:

- I. *Un sentido amplio* conforme el cual riesgo permitido es “toda conducta peligrosa o lesiva para el bien jurídico-penalmente protegido y, sin embargo, no contraria al contenido de determinación de la norma (...) con

independencia del fundamento de este hecho”<sup>693</sup>. De esta forma, cualquier ausencia de responsabilidad podría ser considerada un riesgo permitido: desde un caso fortuito, una legítima defensa y hasta un error de prohibición invencible. Sin embargo, tal perspectiva no puede compartirse por cuanto se considera que el *riesgo permitido* es una institución restringida a cierto número de casos en los cuales el sujeto *no crea un riesgo jurídicamente desaprobado* sin que logre abarcar tal concepto los defectos cognitivos o volitivos del sujeto, la ausencia puntual de encuadramiento fáctico del hecho a la regulación formal de la ley penal o la ausencia de requisitos necesarios para elevar el juicio de reproche del agente. No obstante, sí se incluirán dentro de tales supuestos casuísticos las *causales de justificación* por cuanto como se ha visto a lo largo de este trabajo ellas no representan algo distinto que verdaderas autorizaciones o permisiones del orden jurídico para actuar.

- II. *Un sentido intermedio* a cuyo amparo se definirían los riesgos permitidos como “*todos aquellos en los que la conducta (peligrosa o lesiva) no es contraria al mandato jurídico-penal por merecer una valoración jurídica no negativa en virtud de la concurrencia de intereses que limitan el alcance normativo de dicho mandato: así, serían riesgos permitidos los casos de justificación y de atipicidad.*”<sup>694</sup> Aun cuando este sentido intermedio se acerca más al que aquí se maneja, sigue siendo demasiado amplio, por cuanto cobija todas las circunstancias eliminativas de la tipicidad, lo cual implicaría admitir como riesgo permitido el error de tipo. Empero, es claro que no cualquier causal de atipicidad es un riesgo permitido sino **solamente aquellos eventos objetivos que representan un comportamiento formalmente descrito por la ley penal como típico pero carente desaprobación jurídica por ser autorizada su ejecución a nivel legal, constitucional o convencional en virtud de una ponderación de intereses que hizo viable su permisión.**

---

693 PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, 1995, p. 512

694 Ídem, p. 512

III. *Un sentido restrictivo* en virtud del cual serán permitidos aquellos riesgos que no sean valorados de forma negativa por el Derecho Penal por concurrir otros intereses “pero únicamente cuando dicha concurrencia se produzca en todos los casos, de forma general, y no solamente, de modo excepcional, en un muy contado número de ellos.”<sup>695</sup> Evidentemente, este concepto restringido de riesgo permitido no puede compartirse porque aísla por completo la asimilación de *causales de justificación* como “especies” o “tipos” de riesgo permitido, a pesar de que según se pondrá de presente esa es la posición dogmática correcta.

Así las cosas, el **riesgo permitido** es el macroconcepto *opuesto* (la otra cara de la moneda) del *riesgo jurídicamente desaprobado* como elemento necesario y positivo para la afirmación de la imputación objetiva. En consecuencia, la presencia de uno niega la existencia del otro.

Se analizan, pues, las situaciones en las cuales la “creación de un riesgo jurídicamente desaprobado” (como primer nivel de imputación objetiva) es **inexistente**:

I. Cuando ***falta la creación*** de un riesgo por:

- *Disminución del riesgo*: En efecto el primer nivel de imputación objetiva exige que el “riesgo” sea **creado** y, obviamente, si en vez de originar el peligro lo que hago es **disminuirlo** no podremos considerar satisfecho este primer estadio de atribución normativa exigido.

II. Cuando ***NO existe ni siquiera el riesgo***:

- *Ausencia de lesividad*: Según pudo verse ampliamente la *falta de lesividad del comportamiento* ataca justamente el concepto mismo de “riesgo” y por ende su ausencia impide así mismo la satisfacción de este primer nivel de imputación objetiva. Esta *falta de lesividad* se presentará al

---

695 Ídem, p. 512

producirse una conducta: a) carente de peligrosidad por inidoneidad del comportamiento; b) bagatelar o insignificante; o c) socialmente adecuada.

- III. Cuando ***falta la desaprobación jurídica del comportamiento*** por tratarse de un **RIESGO PERMITIDO** dado que, si la conducta se encuentra autorizada por el ordenamiento jurídico, ésta no puede al mismo tiempo crear un riesgo jurídicamente desaprobado porque se vulneraría la coherencia misma del sistema normativo.

Este riesgo permitido lo hay de dos clases (según la clasificación **aquí adoptada**): a) *general* y b) *situacional*. Lo común a ambos riesgos es que se trata de conductas peligrosas que dañan bienes jurídicos o los ponen en peligro efectivo, encajan en la formal y objetiva descripción típica de la ley penal, pero se encuentran a su vez **autorizadas** en su ejecución, razón por la cual impiden la *creación del riesgo jurídicamente desaprobado* y en consecuencia la satisfacción del primer nivel de imputación objetiva. Es importante en este momento **precisar** que los **tipos formales descriptivos** que aparecen en la ley penal son apenas la descripción de las conductas que **serán sometidas al juicio de desvalor jurídico y NO en sí mismas las acciones u omisiones prohibidas**. Justamente, para saber en un caso concreto si el hecho investigado y ajustado a la tipicidad formal es un ilícito, un injusto penal o una conducta materialmente típica y, por lo tanto, prohibida es necesario agotar adicionalmente el juicio de imputación objetiva y el de imputación subjetiva para poder establecer, ahí sí, dicha conclusión porque de lo contrario sería imposible. Lo que ocurría, es que antiguamente era necesario esperar llegar hasta la **antijuridicidad** para lograr completar este estudio. Sin embargo, con el descubrimiento de la **imputación objetiva** como elemento adicional y necesario de la verificación de la tipicidad la **antijuridicidad se convirtió en un escalón de análisis** redundante y superfluo, pues todas las funciones que esta cumplía pasó satisfacerlas la imputación objetiva.

Así las cosas, y clarificado lo anterior es posible definir el *riesgo permitido general* como aquella conducta peligrosa que es autorizada por el ordenamiento jurídico **independientemente del caso concreto** por

cuanto la ponderación de *intereses* no se hace *lege ferenda* sino *lege data*, mientras que el *riesgo permitido situacional* como su nombre lo indica implica una ponderación de intereses en el caso concreto según la *situación* y *contexto* particular ocurrido. No obstante, y a diferencia de las causales exculpación, cuando se presenta un riesgo permitido situacional la conducta no es simplemente perdonada, sino que al cumplirse en el caso concreto con ciertos requisitos puntuales termina siendo autorizada por el ordenamiento jurídico y por ende su ocurrencia deviene en lícita y consecuentemente en atípica.

Los **riesgos permitidos generales** tienen como base las “*normas jurídicas*” y se diferencia de las *causales de justificación* en el hecho de que NO tiene en cuenta la situación concreta o particular del sujeto, sino que el legislador en una ponderación en abstracto, mediante la consagración de presupuestos meramente objetivos, establece que cierto grupo de conductas son en general permitidas. Aunque debe precisarse que el *riesgo permitido general* NO son las “normas jurídicas”, sino el comportamiento ajustado a ellas.

Los **riesgos permitidos situacionales** tienen como fuentes las siguientes:

- a. *Las causales de justificación*: estas se diferencian del *riesgo permitido general* en que la concesión del mismo requiere de una ponderación en concreto de bienes jurídicos y de un examen de la situación particular en que se desarrolla el suceso consagrándose como requisitos para su concesión presupuestos objetivos que conllevan siempre una **ponderación concreta** de intereses contrapuestos.

Se consideran por lo tanto **riesgos permitidos situacionales** que eliminan la tipicidad objetiva del comportamiento los siguientes:

- Consentimiento
- Estricto cumplimiento de un deber legal
- Cumplimiento de orden legítima
- Ejercicio de un derecho
- Ejercicio de un cargo público
- Ejercicio de una actividad lícita

- Legítima defensa
  - Estado de necesidad justificante
- b. *El principio de confianza*: se diferencia de las *causales de justificación* en el hecho de que mientras en ellas están permitidos tanto la **acción** como el **resultado** (por lo que no existiría ni desvalor de la acción ni desvalor del resultado) en el *principio de confianza* se exime de responsabilidad únicamente por la completa ausencia del *desvalor de la acción* dado que aun cuando el resultado no estaría permitido, esto es, la lesión a los bienes jurídicos, sí lo estaría el actuar de una determinada forma consistente en ejecutar una conducta basado en la confianza de que los demás cumplen con el ordenamiento jurídico general. Igualmente, como deben tenerse en cuenta ponderaciones en concreto y la situación particular del caso se trataría de una modalidad particular de riesgo permitido situacional, no siendo de tipo general, además, porque puede ocurrir que la *acción u omisión en sí misma se encuentra prohibida* pero dicha prohibición decaiga ante la *permisión existente* de actuar con base en la confianza que nos da la creencia de que las demás personas cumplen con el ordenamiento jurídico.
- c. *La prohibición de regreso*: se diferencia del riesgo permitido general en el hecho de que aun cuando en principio existiría una *autorización general* para actuar, NO era permitido que otra persona *desviara* hacia lo delictivo la conducta del primer actuante. Sin embargo, en virtud del principio de culpabilidad no podría atribuirse responsabilidad al primer ejecutor porque a este no le competiría tal desviación de la acción inicial, generándose así una aprobación de llevar a cabo conductas autorizadas por el orden jurídico aun cuando otra persona las desvíe hacia lo delincencial. En consecuencia, como se evalúa el ámbito de competencia del sujeto, de acuerdo al caso concreto, se trataría de una especie de riesgo permitido situacional y no general. De la misma manera, no se asimila con una *causal de justificación* porque la autorización tan solo existe del *comportamiento desplegado* más no del resultado lesivo acaecido. Por último, no se trataría de una modalidad de *principio de confianza* porque aquí no se evalúa si el sujeto actuó confiando o no en que los demás cumplirían el derecho, sino que su

comportamiento estuvo enmarcado en cumplimiento cabal del derecho según su marco general o específico de competencia

- d. Las *acciones a propio riesgo* (ya sea como una autopuesta en peligro dolosa o como una heropuesta en peligro) dado que la impunidad del suicidio y su tentativa impedirían considerar desaprobada la participación de una persona en una situación riesgosa para la víctima que ella misma ha decidido conscientemente realizar.
- e. *Las normas de cuidado*: organizadas en tres grupos:
- Los reglamentos
  - La *lex artis* o buenas prácticas protocolarias
  - La figura del modelo diferenciado

Es importante resaltar en este punto que el *riesgo permitido situacional* que tiene como fuentes las normas de cuidado, no es “identificable” con ellas, puesto que sólo lo es la conducta que se ajusta a las previsiones establecidas en ellas.

### 3.3.2.2 Síntesis de los argumentos que soportan la tesis del presente acápite

Ideas preliminares:

- I. Que aun cuando el adjetivo más utilizado para definir la teoría del delito es su *sistematicidad*, entendida como un rasgo fundamental de la dogmática jurídica que tiene pretensiones de coherencia, los doctrinantes del Derecho Penal **casi que no están de acuerdo en nada** y más que un sistema parece un conjunto de ideas sueltas.
- II. Que, a pesar de la multiplicidad de teorías, variaciones sutiles, polisemia conceptual inabordable y frecuente cambio de terminologías en general, es posible ver, al menos, un acuerdo en lo siguiente:
- a. Para todos los autores (salvo FRISCH) el rasgo más general y definitorio de la imputación objetiva es *la creación de un riesgo jurídicamente*

**desaprobado** y su ulterior *concreción en el resultado*. Así mismo, a excepción de algunos pocos doctrinantes (citados líneas atrás) estos criterios de imputación normativa suelen ubicarse en la **tipicidad objetiva**.

- b. Para todos los autores las causales de justificación constituyen autorizaciones o permisiones del orden jurídico frente a ciertos comportamientos; es decir, **son conductas que no se encuentran jurídicamente desaprobadas**. Sin embargo, la ubicación sistemática de las mismas (salvo en PAWLIK y tímidamente en SILVA SÁNCHEZ) no se da en la tipicidad objetiva, al lado de la imputación objetiva, sino en la antijuridicidad como su faz negativa.
- c. Y finalmente para todos los autores (más allá de las variaciones terminológicas) la categoría dogmática de antijuridicidad significa en esencia “contrariedad al orden jurídico”. Pero entonces, si eso que se ha referido es la definición de antijuridicidad penal y la imputación objetiva al mismo tiempo es *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado*, ¿cómo es que un “estado de necesidad”, una “legítima defensa” un “estricto cumplimiento de un deber legal”, entre otras causales de justificación, pueden ser actuaciones **permitidas**, autorizadas y en general no-prohibidas, pero a su vez constituyan *riesgos jurídicamente desaprobados*? Algo acá está fallando, y no es en la pregunta, sino en la respuesta. Por lo tanto, salvo que adrede se vulnere el principio lógico de no-contradicción y se renuncie a que la doctrina tenga coherencia y consistencia lógica, una tesis que separa las causales de justificación de los riesgos permitidos y mantiene aislados los conceptos de imputación objetiva y antijuridicidad sólo puede estar destinada al fracaso y la risa de cualquier observador externo, siendo en definitiva una postura inaceptable.

Así las cosas, según la perspectiva defiendida, es necesario **abandonar** de una vez por todas la tripartición del delito y simplificando las cosas (que se han complicado tanto en la dogmática jurídico-penal precisamente por esforzarse en mantener categorías y elementos que ya no cumplen ninguna función en el esquema de la conducta punible) dejar atrás la antigua categoría intermedia de

antijuridicidad que existía entre la *tipicidad penal* y la *culpabilidad*, y hablar de un esquema bipartito. Esto lo sostengo, porque considero que con la *imputación objetiva* **todas las funciones que cumplía la antijuridicidad ahora son cumplidas de una manera más lógica y sencilla por el tipo penal** utilizando para ello criterios positivos de atribución como lo es la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado* o la *lesividad* (que se equipararían respectivamente a los conceptos de antijuridicidad formal y antijuridicidad material) y criterios negativos de imputación (como *contracara de aquellos*) entre los que se tendrían el *riesgo permitido* y la *lesión insignificante de los bienes jurídicos*.

Habiendo clarificado lo anterior se mostrará a continuación la fundamentación lógica, constitucional y dogmática que soporta la tesis jurídica aquí expuesta:

3.3.2.2.1 *Argumento lógico-normativo*: La dogmática jurídica en general y la teoría del delito en particular proponen la creación de un **sistema**. Un sistema es un “conjunto de reglas o principios sobre una materia **racionalmente** enlazados entre sí”<sup>696</sup>. Esa racionalidad implica, por lo menos, la **consistencia** y la **coherencia** de dicha teoría, sin llegar a exigirse la *completitud*<sup>697</sup> dado que desde GÖDEL<sup>698</sup> fue demostrada su imposibilidad lógico-existencial. Dicha coherencia sería la “relación justificadora entre ciertos principios y un cierto conjunto de reglas que los presuponen”<sup>699</sup>, mientras que la consistencia podría definirse como “la propiedad

---

696 Diccionario de la Real Academia Española

697 “La completitud se define, de manera general, como la propiedad de un conjunto de enunciados de constituir una axiomatización exhaustiva de un cierto universo de discurso, de forma que todo enunciado correcto, relevante para aquel universo, es un teorema de la base axiomática.” En: RATTI, Giovanni Battista. *Lógica de las normas, coherencia y metodología jurídica*. Chile: Ediciones Olejnik, 2017, p. 46

698 “Nació así un estado de opinión en el que se admitía tácitamente que todos los sectores del pensamiento matemático podían ser dotados de unos conjuntos de axiomas susceptibles de desarrollar sistemáticamente la infinita totalidad de proposiciones verdaderas suscitadas en el campo sujeto a investigación. El trabajo de GÖDEL demostró que esta suposición es insostenible. Puso frente a los matemáticos la asombrosa y melancólica conclusión de que el método axiomático posee ciertas limitaciones intrínsecas que excluyen la posibilidad de que ni siquiera la aritmética ordinaria de los números enteros pueda llegar ser plenamente axiomatizada.” En: NAGEL, Ernst & NEWMAN, James R. *El teorema de Gödel*. Madrid: Editorial Tecnos, 2015, p. 20. Se aclara, no obstante, que aunque estos autores también dicen que Gödel demostró la imposibilidad de la consistencia, eso no es así, ya que el mismo Gödel la teorizó posible aunque sumamente dispendiosa o difícil lo cual, por supuesto, es distinto de imposible. Lo cierto es que sí aseguró la imposibilidad de demostrar la consistencia. Esto fue añadido en una nota suplementaria de 1963 a su trabajo de 1931 que puede consultarse en la siguiente referencia: GÖDEL, Kurt. *Sobre sentencias formalmente indecidibles de Principia Mathematica y Sistemas afines*. En: GÖDEL, Kurt. *Obras completas*. Madrid: Alianza Editorial, 2006, pp. 53 y ss.

699 RATTI, Giovanni Battista. *Lógica de las normas, coherencia y metodología jurídica*. Op. Cit. p. 46

que caracteriza un conjunto de enunciados que carece de **contradicciones**.<sup>700</sup> Esto último implica que la teoría del delito deba cumplir con las reglas derivadas del principio lógico de no contradicción y según el cual “ninguna proposición es al mismo tiempo verdadera y falsa”<sup>701</sup>, lo cual llevándolo al mundo normativo significaría que dicho sistema del delito, para ser un auténtico sistema formalmente correcto, no puede contener **proposiciones incompatibles** puesto que ante su existencia no pueden ser al mismo tiempo verdaderas (*principio lógico de tercero excluido*). Los tres casos de incompatibilidad se presentan:

- “1. Entre una norma que **manda** hacer alguna cosa y una norma que la **prohíbe** (contrariedad);
2. Entre una norma que **manda** hacer y otra que **permite** no hacer (contradictoriedad), y
3. Entre una norma que **prohíbe** hacer y una que **permite hacer** (contradictoriedad).<sup>702</sup>”

De tales casos, los enunciados en “2” y “3” traen consigo la dicotomía antinómica entre las *normas primarias imperativas* y las *normas primarias facultativas o permisivas*. Sin embargo, esa antinomia es **aparente** si se elimina la antijuridicidad del esquema del delito, aplicando las reglas del hexágono deontológico, mientras que sería **real** si insistimos en mantener un sistema tripartito y al tiempo una tipicidad que requiera como fundamento para su configuración la presencia de una imputación objetiva cuya afirmación implique la *creación de riesgos jurídicamente desaprobados*.

En ese orden de ideas, las antinomias lógicas que pueden evidenciarse en las posturas mayoritarias del delito se encuentran porque:

- I. Al llevar a cabo el *juicio de tipicidad objetiva* utilizan como uno de sus criterios la verificación de que el sujeto haya creado con su actuar un **riesgo jurídicamente desaprobado**.

---

700 Ídem, p. 52

701 STEBBING, L.S. Introducción a la lógica moderna. Op. Cit. p. 194

702 BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho. Op. Cit. p. 190

- II. Ese riesgo **jurídicamente desaprobado** no es otra cosa que la comprobación de que el hecho o la conducta investigada se encuentre **prohibida**; esto es, que existe una *norma* que prohíbe “hacer” (delitos de acción) o “no hacer” (delitos de omisión) una cosa determinada.
- III. Para la verificación, de ese nivel de imputación se tienen en cuenta múltiples criterios negativos de atribución que varían de un autor a otro entre los que podría destacarse el *riesgo permitido*.
- IV. Una vez superado el *juicio de tipicidad objetiva y subjetiva*, el analista pasa a realizar un *juicio de antijuridicidad* buscando determinar si la conducta típica a su vez es contraria o no a Derecho; en otras palabras, si se encuentra prohibida realmente o permitida por una causal de justificación.
- V. Ante la eventualidad de que concurra una causal de justificación, en virtud de este sistema tripartito, se está ante una verdadera **antinomía** por cuanto gracias al juicio positivo de tipicidad objetiva se habrá concluido que la conducta “X” del sujeto estaba **PROHIBIDA** (dado que creó un riesgo **jurídicamente DESAPROBADO**), pero que al tiempo estaba **PERMITIDA** por la concurrencia de dicha causal de justificación.
- VI. Lo anterior pone en evidencia que los sistemas tripartitos vulneran el principio lógico de contradicción y en consecuencia la **consistencia** de la teoría que proponen.
- VII. Sin embargo, también vulneran la **coherencia** cuando se trata de resolver lo atinente al **error en los presupuestos objetivos de una causal de justificación** por cuanto si lo consideran un **error de tipo** que afecta el dolo, olvidan estos teóricos del sistema que el **dolo** es el resultado del juicio positivo de tipicidad subjetiva que ya debiera estar **sistemáticamente superado** cuando se comienza a realizar el de antijuridicidad, trastocando el orden lógico mismo del sistema que tales doctrinantes proponen.

Pero, también vulneran la **coherencia** aquellos que, para solventar este impase lógico, buscan ubicar dicha forma de error como una modalidad de **error de prohibición** dado que eso pervierte la esencia misma de esta

última ausencia de responsabilidad y la estructura propia de la culpabilidad dado que: el error en los presupuestos objetivos de una causal de justificación NO es un error de valoración jurídica acerca de la prohibición de un hecho, sino un error acerca de la **existencia misma de un hecho** que de haberse dado habría eliminado la desaprobación jurídica del comportamiento.

De igual manera los sistemas alternativos bipartitos, ya existentes, mantienen el mismo defecto aquí expuesto por cuanto si se refiere a la *teoría de los elementos negativos del tipo*, que la mayor incongruencia de esta teoría es la falta de **coherencia** dado que esgrimen algo que yo he llamado la **doctrina del arrepentimiento** y según la cual una vez superado el *juicio de tipicidad objetiva y subjetiva*, al verificar (en la antijuridicidad) que sí existió una *causal de justificación*, se **arrepienten** de haber dicho que la conducta era típica y por arte de magia borran esa afirmación asegurando, entonces, que la *causal de justificación* encontrada *a posteriori* del orden lógico que ellos mismos ha mantenido, termina proyectando sus efectos hacia atrás arrastrando consigo la tipicidad que ya habían considerado existente.

Por el contrario, **con la sistemática aquí propuesta** ningún defecto de coherencia o consistencia se revela habida cuenta que:

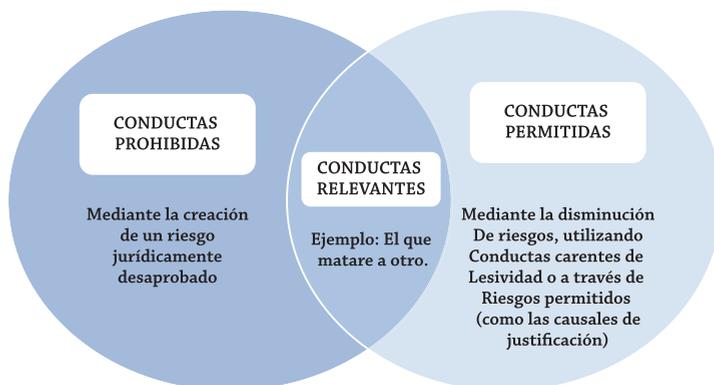
- I. Al incluirse las *causales de justificación* como modalidades de *riesgo permitido* se viabiliza en el estudio de la imputación objetiva (ubicada en sede de la tipicidad) la existencia o inexistencia de las mismas.
- II. Esto posibilita, igualmente, la **eliminación de la antijuridicidad** y, por ende, también la eliminación de un análisis tautológico de contrariedad con el derecho que se realizaba en un estadio posterior al de la tipicidad, lográndose de esta manera convertir el juicio de tipicidad en un **juicio definitivo de prohibición o permisión** de la conducta.
- III. Bajo esta perspectiva, **ninguna inconsistencia** se presentaría dado que precisamente cuando se esté verificando si la conducta se encuentra o no prohibida, la concurrencia de una causal de justificación conllevaría la *negación* de la tipicidad de la conducta al no haberse creado *un riesgo jurídicamente desaprobado*. Es decir, en el sistema propuesto no se afirma

que la conducta está prohibida y permitida al mismo tiempo (como lo hace la doctrina tripartita, así sea implícitamente) ni tampoco que estaba prohibida, según un examen inicial, pero que luego al ver que no era así, se decide cambiar de idea (como ocurre con la doctrina de los elementos negativos del tipo penal), sino que, exactamente, cuando se verifica la efectiva existencia de una prohibición, ante la concurrencia de una justificante, se concluye (allí donde se debe estudiar ello) que el actuar desplegado por el sujeto en realidad estaba permitido y no prohibido.

- IV. Esto tampoco constituye una antinomia frente a la abstracta descripción que el legislador hace en la *parte especial* de los Códigos Penales, puesto que las causales de justificación desde esta visión, y aplicando para ello el hexágono deontológico, son *permisiones relativas*; es decir, autorizaciones o espacios de libertad que NO se tocan con las *prohibiciones relativas* de los delitos.

En consecuencia, el estudio acerca de la ilicitud de un hecho toma como base las *descripciones* que el legislador hace en la parte especial de los códigos penales y que se podrían denominar como **conductas relevantes**, mas no *necesariamente* prohibidas. La prohibición, es una conclusión a la cual llega el intérprete luego de agotar el juicio de tipicidad que implica la necesaria verificación de que el sujeto haya *creado un riesgo jurídicamente desaprobado*. Lo importante, entonces, de las **conductas relevantes** es que solamente estas pueden estar prohibidas, salvo que hagan parte del *conjunto* de conductas permitidas.

Así las cosas, visualizando lo dicho hasta ahora:

**Gráfica 7.** Tipos de conductas en la graficación de conjuntos

Fuente: propia.

Entonces, si la *conducta no es ni siquiera relevante* carece de importancia para el derecho penal, pero esto se comprueba mediante el *juicio de subsunción lógico*. En cambio, si la conducta es relevante tendrá que pasar a realizarse un juicio de imputación objetiva en cuyo primer nivel se realiza el análisis de licitud de la conducta relevante, el cual resultará definitivo y nunca parcial como en los anteriores sistemas tripartitos e inclusive en la doctrina de los elementos negativos del tipo penal.

De esta manera, en el ejemplo propuesto *matar a otro* **será prohibido o desaprobado**, pero no ambas, dependiendo de si el sujeto creó o no un riesgo jurídicamente desaprobado.

- V. En punto de la **coherencia** del sistema propuesto se soluciona la problemática del *error en los presupuestos objetivos de una causal de justificación* dado que al estar las justificantes **sistemáticamente ANTES** de realizar el estudio de *imputación subjetiva* el dolo **ABARCARÍA** las situaciones fácticas que convertirían en desaprobada o aprobada a nivel general la conducta por el sujeto desplegada. Por lo tanto, este tipo de error debe ser tratado como un *error de tipo* cuya vencibilidad conlleva el castigo del comportamiento bajo la modalidad culposa si la ley lo ha previsto como punible.

En cuanto al tema del *error en los presupuestos objetivos de una causal de exculpación* (como, por ejemplo, el estado de necesidad exculpante) ello es una problemática que atañe a la culpabilidad y no a esta investigación. Sin embargo, se debe considerar como correcta la postura de que el *error invencible acerca de los presupuestos objetivos de un estado de necesidad exculpante* es equiparable al *estado de necesidad exculpante* en sí mismo y que por ende lo que faltaría es la *exigibilidad de conducta conforme a derecho* y no la conciencia de lo ilícito. Por lo tanto, cuando el error sea vencible habrán de aplicarse las reglas del *exceso* que aplicarían para la causal de exculpación ahora putativa.

VI. Finalmente, **las causales de justificación son una modalidad de riesgo permitido**, bajo la sistemática de género y especie, porque aquellas no son nada distintos que *autorizaciones o conductas peligrosas permitidas* por el legislador y en consecuencia, su identificación con el *riesgo permitido* se hace inevitable, dado que si no fuera así se estaría vulnerando nuevamente el principio lógico de no-contradicción y por ende la *consistencia* del sistema al afirmar que la proposición normativa “*el comportamiento X no es una conducta permitida*” es al tiempo verdadera y falsa.

3.3.2.2.1 Argumento constitucional o a partir de principios limitadores del *ius puniendi*. El **principio de legalidad material** exige que la ley describa de manera completa qué conductas se encuentran prohibidas por el Derecho Penal y cuáles no. Dicha función, la cumple el *tipo penal o injusto* (que como expresiones sinónimas aquí se adoptan). Esa exigencia, fue positivizada como *norma rectora* en el actual Código Penal al afirmar el art. 10 que “*la ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal.*” Por lo tanto, el tipo penal no solamente incluye las *conductas relevantes*, sino adicionalmente las conductas prohibidas.

Al respecto ha expresado la Corte Constitucional en Colombia:

“La conducta punible, el proceso y la pena son las categorías fundamentales del sistema penal. En las sociedades civilizadas cada una de esas categorías debe ser determinada por la ley y debe estarlo de manera cierta, previa y escrita. **Cierta**, por cuanto **debe definirse con certeza el ámbito de las prohibiciones**, procesos

y sanciones de tal modo que los ciudadanos sepan a qué atenerse en su diaria convivencia. Es decir, **con seguridad deben conocer qué comportamientos no están permitidos**, a qué reglas procesales se somete la persona a la que se le impute una conducta prohibida y cuáles son las consecuencias sobrevinientes en caso de ser encontrado responsable de ella. Previa, en cuanto se trata de decisiones normativas que deben ser tomadas por la ley antes de los hechos que generan la imputación penal. Esto es, las normas que configuran las conductas punibles, los procesos y las sanciones deben estar predeterminadas. Y escrita, por cuanto se trata de normas con rango formal de ley. Es decir, para la predeterminación de la conducta punible, el proceso y la pena, existe reserva de ley.”<sup>703</sup>

Por lo tanto, gracias a la **certeza** que como característica de la ley penal derivada del principio de legalidad debe cumplir todo tipo penal se hará necesario **incluir en éste** como uno de sus elementos configurativos la *determinación* de los riesgos desaprobados que, naturalmente, decaerán ante la permisón que el mismo ordenamiento jurídico establezca.

En un sentido similar, aunque más preciso al traer a colación el concepto de tipicidad, la Corte Constitucional ha dicho:

“No debe olvidarse, en efecto, que en virtud de los principios de legalidad y tipicidad el legislador se encuentra obligado a establecer claramente en qué circunstancias una conducta resulta punible y ello **con el fin de que los destinatarios de la norma sepan a ciencia cierta cuándo responden por las conductas prohibidas por la ley** (artículo 6 C.P.). No puede dejarse al juez, en virtud de la imprecisión o vaguedad del texto respectivo, la posibilidad de remplazar la expresión del legislador, pues ello pondría en tela de juicio el principio de separación de las ramas del poder público, postulado esencial del Estado de Derecho (artículo 113 C.P.)”<sup>704</sup>

---

703 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia no. C- 820 de 2005, 09 de agosto de 2005. M.P.: Clara Inés Varas Hernández.

704 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia no. C-173 de 2001, 14 de febrero de 2001. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

Clarificado lo anterior, las causales de justificación como autorizaciones de conductas del legislador deben necesariamente pasar a convertirse en la **faz negativa de la tipicidad** y no de un estadio posterior porque es allí y no en otro lugar en donde se establece qué comportamientos se encuentran prohibidos y cuáles no.

Esta última afirmación fue fundamentada en el primer capítulo gracias, igualmente, a los principios **de culpabilidad, lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos** a cuyo amparo se concluyó que la imputación objetiva era un elemento necesario del tipo penal cuya definición no podía ser otra que la creación de riesgos jurídicamente desaprobados, razón por la cual **todo lo que sea permitido** habrá de convertir en atípica la conducta estudiada, lo que justificaría constitucionalmente la necesidad de que las *causales de justificación* sean aspectos negativos de la imputación objetiva.

3.3.2.2 *Argumento dogmático-histórico*. La **tesis** que se defiende es la siguiente: a partir de la **normativización** del tipo penal ocurrida por la aparición de la categoría dogmática de la imputación objetiva, la **antijuridicidad** se convirtió en elemento del delito innecesario y tautológico, dado que la existencia de lesividad y la concurrencia de justificantes habrán de realizarse en el momento en el que se verifique la *creación o no de riesgos jurídicamente desaprobados*.

En la monumental obra del profesor Fernando MOLINA FERNÁNDEZ<sup>705</sup> se señala con acierto que la respuesta a la pregunta de si aún hoy en día sigue siendo necesaria la *antijuridicidad* como categoría dogmática del delito depende, esencialmente, de la revisión de tres aspectos que en los acápite y capítulos anteriores se ha realizado:

- a. *Primero*, que la antijuridicidad surgió para expresa la *ilicitud formal* que representa el delito como conducta objetivamente contraria al Derecho y sus normas.

---

705 *Antijuridicidad y sistema del delito*. Op. Cit. P. 45

- b. *Segundo*, que la antijuridicidad representó en sí misma el contenido material del principio de lesividad entendido como lesión o puesta en peligro efectiva de bienes jurídicamente tutelados, y
- c. *Tercero*, que la antijuridicidad se constituyó en un escalón sistemáticamente apto en la estructura del delito para resolver problemas de aplicación del derecho penal frente a la contraposición de normas permisivas.

Justamente, su permanencia en el tiempo pareciera ser el fruto de las tres importantes funciones que ha cumplido para la descripción adecuada del contenido del delito, sin cuya ayuda habría sido muy difícil de lograr. Por eso, juega en contra de esta tesis (de eliminación de la antijuridicidad como categoría independiente del delito) el hecho indiscutible de que sea necesario un estadio previo para evaluar la contrariedad de los comportamientos realizados por el autor con la totalidad del ordenamiento jurídico, de manera previa y distinta a como lo hace la culpabilidad, evaluando y verificando si han existido lesiones o puestas en peligro efectivas de bienes jurídicamente tutelados que además no hayan estado amparadas por causales de justificación. Sin embargo, todas esas loables y necesarias funciones que cumplía la antijuridicidad en el ayer son hoy en día satisfechas en su totalidad (y de mejor manera) por la imputación objetiva del comportamiento. Razón por la cual, se pasará a explicar por qué esta categoría dogmática del delito, como estadio posterior de la tipicidad, es simplemente una estructura rezagada del pasado, carente de funcionalidad, que entorpece la sistemática del delito por ser redundante y cuya vacuidad la convierte en algo formal y materialmente innecesario.

En la época de BELING la fuerte distinción entre *tipo* y *antijuridicidad* ocurrió por, al menos, dos razones fundamentales<sup>706</sup>: (1) una de tipo *metodológica* que siguiendo la influencia positivista buscaba *separar* el hecho externo y objetivo de la perspectiva valorativa que pudiera realizarse sobre este, para conseguir así una visualización ilustrativa o didáctica<sup>707</sup> del delito; y (2) una de tipo

---

706 Similar: WILENMANN, Javier. *Injusto, justificación e imputación*. En: PAWLIK, Michael, KINDHÄUSER, Urs & otros. *La antijuridicidad en el Derecho Penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2013, p. 118 y ss.

707 Ídem, p. 118

*material* y *funcional* que permitiera diferenciar la conducta que selecciona el legislador penal como delito, de la valoración de contrariedad que representa ese comportamiento con el resto del ordenamiento jurídico.

No obstante, la mayoría de los autores contemporáneos no describen la *tipicidad* ni el *tipo penal* como una categoría neutra, sino cargada de contenido valorativo. Para demostrar esta afirmación, se transcriben a continuación las definiciones que actualmente se realizan del tipo penal y de la tipicidad poniendo en evidencia así la incongruencia de sus posturas, dado que aun cuando admiten que en este primer estadio de análisis **se debe verificar si una conducta es contraria a derecho (esto es, si se encuentra prohibida)** tozudamente deciden continuar justificando la existencia de un estadio posterior que **haga exactamente lo mismo que se realiza en la tipicidad** mediante alambicadas y confusas construcciones argumentativas que tan solo muestra la desesperación por mantener una categoría dogmática cuya única fuerza imaginaria reside en la tradición, más no en la racionalidad y la coherencia del sistema.

Así las cosas, quiero poner de presente *primero* la explicación que realizan los mismos autores JESCHECK & WEIGEND de la situación histórica que justificaba la existencia de la antijuridicidad:

“De acuerdo con ello la tipicidad fue comprendida como una descripción puramente externa del hecho de la acción **sin predicado valorativo alguno** (por ejemplo, la muerte de una persona en la que el examen de la antijuridicidad puede mostrar que ésta constituya una acción de guerra y resulta así justificada). **La valoración jurídica de este suceso** debía tener lugar en el campo de la **antijuridicidad** y siempre desde un punto de vista puramente objetivo.”<sup>708</sup>

Empero, esta idea del tipo penal y de la tipicidad cambió radicalmente con la entrada de la *imputación objetiva* por cuanto:

---

708 JESCHECK, Hans-Heinrich & WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Op. Cit. p. 217

- Según MAURACH & ZIPF en el tipo penal se describen “ciertos comportamientos ilícito típicos (**contravenciones a la norma**) como un acotado acontecimiento de la vida y los somete a una pena.”<sup>709</sup> Y de forma **aún más sorprendente**, dicen estos autores: “se entiende por **tipo** la descripción que el legislador hace de un determinado comportamiento humano **antijurídico**”<sup>710</sup>. Entonces, si ya la antijuridicidad de la conducta es algo verificable en la tipicidad ¿por qué mantienen la necesaria existencia de un estadio de análisis posterior llamado, justamente, antijuridicidad? Al parecer para la comprobación de las causales de justificación, **desconociendo** que su concurrencia lo harían es precisamente eliminar la desaprobación del acto y por ende la tipicidad misma del comportamiento.
- Para STRATENWERTH “el tipo en sentido estricto consiste en la descripción de la conducta **contraria a la prohibición o mandato**, a la que se refiere la conminación penal” y que por lo tanto “la tipicidad significa tan sólo que la conducta **contradice la prohibición o el mandato** asegurados penalmente”<sup>711</sup>. Sin embargo, más adelante, aunque pareciera que aquí a *refundido* en una sola categoría la antijuridicidad y la tipicidad, aclara que este primer elemento del delito “*no dice aún que la conducta sea (penalmente) antijurídica, sino sólo que podría serlo*” generando con ella una innecesaria multiplicación de los entes. No se puede afirmar que algo está prohibido y luego decir que tal aseveración se basa en mero juicio provisional. Algo así, carece de la fuerza argumentativa para ser soportado, pero se sustenta en el peso de la tradición que los distintos autores no desean abandonar por el miedo a la tristeza que su duelo causaría.
- Según JESCHECK & WEIGEND “las acciones **contrarias a estas normas** están descritas en los concretos tipos penales. La tipicidad de una acción significa, por consiguiente, que el hecho muestra aquellos elementos del injusto que se corresponden con el tipo de un delito determinado.”<sup>712</sup> Pero a pesar de dicha argumentación, termina concluyendo que el *juicio*

---

709 MAURACH, Reinhart & ZIPZ, Heinz. *Derecho Penal, Parte General. Tomo I*. Op. Cit. p. 346

710 Ídem, p. 350

711 STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal, Parte General I. El hecho punible*. Op. Cit. p. 128.

712 JESCHECK, Hans-Heinrich & WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Op. Cit. p. 346

*de prohibición* realizado en la tipicidad no se corresponde con el *juicio de antijuridicidad* que debe efectuarse posteriormente a aquél para investigar la concurrencia o no de una causal de justificación. Sin embargo, ¿no es justamente eso lo que debe verificarse en el momento en el que estudie la tipicidad de la conducta porque de qué otra manera podría determinarse si un comportamiento está prohibido o no?

En Colombia, las consecuencias de la normativización del tipo penal y la posibilidad de que esto termine absorbiendo el juicio de antijuridicidad en punto de considerar las causales de justificación como elementos negativos de tipicidad han sido puestas de presente por el profesor Yesid REYES ALVARADO de la siguiente manera:

- Análisis frente a la **lesividad** de la conducta: La solución no es sencilla, porque si se opta por mantenerla como elemento del tipo, entonces la antijuridicidad (en lo que se suele llamar su aspecto positivo) desaparece porque gira alrededor de la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico, quedando solo como un aspecto independiente a considerar las llamadas causales de justificación (que otros prefieren denominar el aspecto negativo de la antijuridicidad). Si, por el contrario, se optara por retirarla de la tipicidad para que la antijuridicidad no desaparezca como elemento autónomo de la teoría del delito (por lo menos en su faceta objetiva), entonces el ámbito de aplicación de la tipicidad se ampliaría de una forma desmedida.<sup>713</sup>
- Análisis frente a las **causales de justificación**: El desarrollo que han tenido conceptos como el de riesgo permitido y riesgo jurídicamente desaprobado dentro de la faceta objetiva de la tipicidad, ha generado un debate interesante en cuanto a si existe o no una diferencia entre las tradicionales causas de justificación y la noción de riesgo permitido. Aun cuando el tema es aún objeto de discusión, bien podría decirse que si una conducta corresponde a lo que de alguien se espera en una determinada situación, habrá actuado dentro del riesgo permitido; si, por el contrario, la persona

---

713 REYES ALVARADO, Yesid. *El archivo de la investigación por atipicidad objetiva*. Op. Cit.

se ha comportado de una manera distinta a como debía hacerlo, pero esa actuación puede ser tolerada de manera excepcional, entonces se estará en frente de una justificante. (...) pero si se admite que el cumplimiento de un deber legal, el legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público, constituyen manifestaciones del riesgo permitido como elemento de la imputación objetiva, entonces no cabe duda de que no solo hacen parte de la tipicidad, sino que dentro de ella pueden situarse en su faceta objetiva porque su existencia no ocurre en la mente del autor del comportamiento.<sup>714</sup>

Pero como puede verse el profesor REYES ALVARADO sigue manteniendo una diferencia entre el *riesgo permitido* y las *causales de justificación* similar a la JAKOBS y ROXIN, al considerar que con la primera eximente se encierran todos los casos que genéricamente se consideran autorizados por el legislador, mientras que con el segundo grupo de ausencias de responsabilidad se encierran las situaciones que solamente bajo el análisis del caso concreto puede excepcionalmente considerarse permitido.

Sin embargo, esta postura no puede compartirse porque ya sea en *concreto* o de *forma general* lo cierto es que quien actúa en virtud de una causal de justificación, sencillamente, **no crea un riesgo jurídicamente desaprobado** pues su comportamiento obedece a una expresa autorización del legislador y, en consecuencia, actuar conforme a derecho no podría nunca considerarse al tiempo desaprobado, sin generar con ello una antinomia lógica irresoluble para un sistema jurídico.

### **¿Por qué, entonces, desde el punto de vista dogmático el riesgo permitido haría parte de la imputación objetiva?**

Por las siguientes razones:

- I. Es una exigencia **derivada** del **principio constitucional del acto y exclusiva protección de bienes jurídicos** (como ya se dijo) dado que el

---

714 Ídem.

legislador no puede prohibir la meras intenciones o hechos exteriorizados si estos a su vez no son comportamientos que tengan una mínima apariencia delictiva.

- II. Una acción objetivamente correcta no puede convertirse en típica porque vaya guiada por un mal propósito, dado que eso implicaría la etización del derecho.
- III. Tipificado es **prohibido** o contrario a derecho, pues el tipo penal en su descripción usa normas objetivas de valoración de la conducta y lo hace prohibiéndolo al asignar una pena a ese comportamiento.
- IV. Es claro entonces que si para que haya imputación objetiva se requiere la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado*, la concurrencia de un riesgo permitido (precisamente por no estar desaprobado) conllevará la eliminación de la tipicidad.

### ¿Por qué las causales de justificación serían riesgos permitidos?

Por las siguientes razones dogmáticas:

- I. Porque tanto en el *riesgo permitido* como en las *causales de justificación* se lleva a cabo una **ponderación de intereses**, aun cuando el tipo de ponderación sea distinta (como lo afirman ROXIN, JAKOBS y REYES ALVARADO, entre otros): *general* para el “riesgo permitido” y *particular* para las “causales de justificación”, puesto que eso lo único que deja evidenciar es que estas últimas serían una *modalidad o especie puntual* de riesgos permitidos y NO una institución jurídica diferente. Ello por cuanto la diferencia entre *general* y *particular*, *abstracto* y *concreto* no conduce a establecer barreras infranqueables entre uno y otro, sino una relación de *género* y *especie* entre las figuras normativas comentadas. De esta manera, **lo fundamental** es que en su *núcleo esencial* las conductas adecuables a dichas instituciones terminan siendo **lícitas, aprobadas y permitidas** trayendo consigo la misma consecuencia: eliminar la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado*.

- II. Históricamente poseen también ambas instituciones un punto de convergencia puesto que el *riesgo permitido* se fundamenta en la legitimación histórica la cual ha llevado a que sea entendido como un comportamiento socialmente aceptado, asimilándose en este punto con las *causales de justificación* dado que ellas, según el mismo ROXIN, son una regulación socialmente correcta o aceptada, por lo que en este punto de la argumentación una y otra terminarían también concurriendo.
- III. Las tradicionales hipótesis de *riesgo permitido* y las *causales de justificación* comparten otra característica adicional que los hace asimilables: uno y otro son conductas *peligrosas* para los bienes jurídicos; esto es, con el potencial para destruir situaciones valiosas jurídicamente protegidas por las Constitución Política de un determinado país.
- IV. La *aprobación* del comportamiento ajustado a ambas instituciones es de tipo *jurídico* y no simplemente moral o ético.
- V. El *exceso* en el comportamiento del sujeto conlleva responsabilidad penal tanto en las hipótesis tradicionales del riesgo permitido (*incremento del riesgo*) como en las causales de justificación.
- VI. El *desconocimiento de los hechos* que harían viable el reconocimiento de una u otra eximente de responsabilidad afecta **por igual** el aspecto cognitivo del dolo, lo cual vendría a ser otro síntoma de que la ubicación de las causales de justificación debería ser trasladada al aspecto negativo de la tipicidad objetiva.

### 3.3.3 Consecuencias prácticas de las tesis expuestas para Colombia

#### 3.3.3.1 Consecuencias dogmáticas

En esencia son las siguientes:

- I. El *error en los presupuestos objetivos de una causal de justificación* sería considerado un error de tipo, lo cual resulta compatible con la literalidad del artículo 32 numeral 10 del CP.

- II. Las causales de justificación serían consideradas riesgos permitidos y por lo tanto **eliminarían la tipicidad objetiva** de la conducta.
- III. La **antijuridicidad** desaparecería como elemento autónomo del delito y posterior de la tipicidad, pues tanto el estudio de la *lesividad* como de las *causales de justificación* pasaría a realizarse en la imputación objetiva ubicada en sede del tipo penal objetivo.
- IV. El concepto de *ilícito* e *injusto* sería dogmáticamente equiparable al de tipicidad, dado que completado el *juicio de tipicidad* ya la conducta sería **definitivamente** prohibida.
- V. Bajo el anterior entendimiento, y hasta tanto no se realice una reforma al Código Penal, las expresiones *tipicidad*, *ilícito*, *injusto* y *antijuridicidad* serán formas sinónimas de decir **penalmente prohibido**. Por lo tanto, la tesis de la *accesoriedad limitada* que exige para la punición del partícipe que el autor realice al menos una *conducta antijurídica*, deberá entenderse como una exigencia de realizar una conducta *típica, injusta o ilícita*, lo cual queda satisfecho una vez se agota el **juicio positivo de tipicidad subjetiva**.
- VI. Así mismo, el requisito de “*injusta agresión*” que exige el artículo 32 numeral 6 como presupuesto necesario para el reconocimiento de la legítima defensa habrá de entenderse satisfecho una vez agotado el **juicio positivo de tipicidad subjetiva**.
- VII. De igual manera, para la punición del acto del inimputable se requerirá que la conducta sea típica (o sea, injusta, antijurídica o ilícita) y se constatare que no existen circunstancias excluyentes de la culpabilidad del autor del hecho.
- VIII. Pasarían a eliminar la tipicidad objetiva las siguientes ausencias de responsabilidad del art. 32 del CP (por considerarse modalidades de *riesgo permitido* que NO crean un riesgo jurídicamente desaprobado):
- El consentimiento del numeral 2
  - El estricto cumplimiento de un deber legal del numeral 3

- El cumplimiento de orden legítima del numeral 4
  - El ejercicio de un derecho del numeral 5
  - El ejercicio de un cargo público del numeral 5
  - El ejercicio de actividad lícita del numeral 5
  - La legítima defensa del numeral 6
  - La legítima defensa presunta del numeral 6
  - El estado de necesidad justificante del numeral 7
- IX. El objeto del conocimiento del dolo abarcará también la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado sin que llegue a confundirse con la consciencia de lo ilícito por cuanto con el primer nivel cognitivo el sujeto deberá saber que lo realizado se encontraba de alguna forma prohibido por el *Derecho in genere*, mientras que con base en la segunda exigencia cognitiva se le requerirá adicionalmente que, al menos de forma potencial, sepa que su conducta estaba prohibida, específicamente, por el *Derecho Penal*; esto es, que se trataba de un delito.

### 3.3.3.2 Consecuencias *procesales*

Podrían sintetizarse en las siguientes:

- I. La concurrencia de una causal de justificación no prevista en el artículo 32 del CP (por ejemplo, el **consentimiento presunto**) conlleva la petición de preclusión por atipicidad (art. 332 # 4 del CPP)
- II. Se viabiliza el archivo de las diligencias por la concurrencia de las causales de ausencia de responsabilidad previstas en los numerales 2 al 7 del art. 32 del CP.
- III. La absolución de una persona por la comprobada existencia de una causal de justificación debería ser soportada en la *atipicidad objetiva* del comportamiento por falta de imputación objetiva.

## CAPÍTULO IV

### PROPUESTA DE UN ESQUEMA BIPARTITO DEL DELITO PARA COLOMBIA. (Presentación de esquemas a manera de conclusión)

- i. En el modelo continental europeo, desde principios del siglo XX, se evidencia que la dogmática jurídico-alemana estructuró los requisitos configurativos del delito bajo la tríada de “tipicidad” + “antijuridicidad” + “culpabilidad” (sistema tripartito), manteniéndose dicha edificación hasta el día de hoy, casi de forma invariable, por los distintos sectores de la doctrina penal germánica, española y latinoamericana. Sin embargo, en cuanto a los elementos que su vez conforman la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, la sistemática ha sido completamente caótica, diversiforme y variable hasta más no poder, dejando al funcionario jurisdiccional y, en general, al aplicador del derecho en un completo valle de incertidumbre. A modo de ejemplo, el “dolo” como elemento necesario para la existencia de un delito, comenzó haciendo parte integrante de la culpabilidad con los esquemas clásico y neoclásico del delito, pero, luego de ello, fue “arrancado” de la culpabilidad y “trasladado” hasta la tipicidad por Welzel con el finalismo. En la actualidad aún existen teóricos que defienden la ubicación de este sub-elemento del delito en distintas partes de los macro-elementos de la conducta punible, aunque parece imponerse mayoritariamente la posición de Welzel en dicho aspecto.
- ii. Como el Derecho Penal, a la hora de concebir el Delito, ha optado por la configuración de un “**sistema**” rigurosamente organizado, cualquier cambio en el *rompecabezas* de la conducta punible mueve todo el engranaje y trae consigo trascendentales consecuencias de índole sustancial que afectan

profundamente la solución de casos concretos. Por ende, la ubicación de los elementos del delito en un determinado orden, no obedece a una simple perspectiva estética o de lógica formal, sino que se encuentra acompañada de toda una línea filosófica que termina repercutiendo a la postre en la solución particular de los casos sometidos a consideración del juzgador.

iii. Así las cosas, con la presente **tesis** se propone, desde el *principialismo constitucionalista* y el *método dogmático*, la elaboración de un **sistema completamente bipartito** en virtud del cual el delito sea redefinido como la suma, únicamente, de “tipicidad” + “culpabilidad”, **eliminando** la “antijuridicidad” como elemento independiente para la estructuración de la conducta punible por cuanto a partir de la renormativización del “tipo penal” dicha comprobación sistemática se hizo innecesaria y redundante por ya ser satisfecha con aquél.

iv. Las premisas que soportan la tesis expuesta son las siguientes:

a. Cuanto surgió con el Esquema Clásico la tripartición del delito, vemos que el “tipo penal” y la “tipicidad” (es decir, la adecuación efectiva de los hechos al mismo) nacieron como categorías dogmáticas **valorativamente neutras** y **absolutamente objetivas**, razón por la cual para determinar si un hecho era “típico” o “atípico” (esto es, si encuadraba en el tipo penal) NO se debían realizar juicios jurídicos o valorativos de ninguna clase y tampoco referirse a aspectos internos del sujeto tales como su “conocimiento”, “voluntad” o disposición anímica a realizar la correspondiente conducta. Lo anterior, por cuanto todas las *valoraciones jurídicas* atinentes a determinar si una conducta era contraria a Derecho se realizaba en un estadio analítico posterior: la antijuridicidad mediante la comprobación “negativa” de causales de justificación tales como la legítima defensa, el estado de necesidad o el cumplimiento de un deber. En ese orden de ideas, se justificaba, para dicha época en la cual el “tipo penal” era valorativamente neutro, la necesaria existencia de un elemento del delito “adicional” en donde se pudiera realizar el análisis de contrariedad de los hechos con el ordenamiento jurídico, surgiendo entonces la “antijuridicidad” como elemento estructural que hacía falta.

- b. Posteriormente, y de forma principal con Claus Roxin en los años 70, gracias al funcionalismo moderado **se perfeccionó** un nuevo elemento del delito: la **imputación objetiva**. Este mejorado requisito estructural de la conducta punible se convirtió en el hijo rebelde de la *causalidad* porque nació como una “nueva” y “evolucionada” teoría causal, pero con Roxin se independizó completamente de aquélla y tomó un lugar autónomo en la configuración del delito.
- c. Según Roxin la *imputación objetiva* era un elemento implícito de los tipos penales de resultado, como el homicidio, más no de los “mera conducta”, como el porte ilegal de armas. Así mismo, aseguró que con la *imputación objetiva* se buscaban delimitar las “razones”, “elementos” o “requisitos” a partir de los cuales un proceso causal pudiera atribuírsele el carácter de típico e imputárselo luego de ello a su autor. En consecuencia, aunque los hechos “formalmente” encajasen en el “tipo penal”, eso no significaba que necesariamente fueran típicos. Por el contrario, según Roxin, para poder predicar la tipicidad del comportamiento era necesario algo más: (1) que la persona hubiese *creado un riesgo jurídicamente desaprobado*; y (2) que dicho *riesgo se hubiese realizado en el resultado*. Solamente, a partir de dichas dos condiciones, era posible decir que SÍ existía imputación objetiva.
- d.
- e. A pesar de las múltiples visiones que tienen los autores alemanes y españoles de la imputación objetiva, es posible afirmar que en esencia todos se encuentran de acuerdo con Roxin en lo que respecta a lo mencionado anteriormente, pero **agregan** casi con unanimidad que el profesor alemán se quedó corto al considerar que solamente para los delitos de “resultado” es que aplicaba la imputación objetiva y es por eso que hoy en día se considera mayoritariamente que dicho elemento constitutivo del delito aplica para todas las conductas punibles y no solamente para las de resultado.
- f. En ese orden de ideas, para la existencia de tipicidad es necesario comprobar (como parte de la imputación objetiva) que el sujeto, al menos, ha **creado un riesgo jurídicamente desaprobado** y por lo tanto serán *atípicas objetivamente* las conductas que NO sean

riesgosas o que siéndolas se encuentren autorizadas o aprobadas por el ordenamiento jurídico.

- g. Bajo dicha lógica, las dos comprobaciones que debían hacerse en la **antijuridicidad** saldrían sobrando con el nuevo concepto **normativizado** que se tiene de tipicidad (a partir de la entrada en escena de la imputación objetiva) puesto que: (1) la *ausencia de lesividad* – como antiguo elemento negativo de la antijuridicidad, conllevaría a su vez la **inexistencia del riesgo** y consecuentemente con ello, también la falta de imputación objetiva impidiéndose así pasar a estudiar la antijuridicidad porque ante dicha hipótesis, ya la conducta terminaría siendo atípica; y (2) la *ausencia de causales de justificación* (tales como la legítima defensa o el estado de necesidad) al constituirse en riesgos permitidos o, por lo menos, en situaciones NO desaprobadas por el ordenamiento jurídico sino por el contrario plenamente autorizadas, implicaría también la **falta de imputación objetiva** porque aun cuando dichas conductas fueran *riesgosas* o *peligrosas* estarían en últimas completamente permitidas.
- h. Entonces, si todos los *juicios o comprobaciones* que debían hacerse en la antijuridicidad quedan plenamente satisfechos en la tipicidad, ¿para qué volver a realizar los mismos análisis en la antijuridicidad? Sería redundante, innecesario y, desde el punto de vista lógico, incorrecto realizando una multiplicación innecesaria de los entes.
- i. Finalmente, no es posible afirmar sin vulnerar al tiempo el principio lógico de no-contradicción, que las *causales de justificación* son permisos o autorizaciones del ordenamiento jurídico para actuar, pero que, a pesar de ello, no constituyen riesgos permitidos y son por lo tanto objetivamente imputables. Sin embargo, esa es la postura actual de la dogmática penal y justamente por vulnerar principios constitucionales como el legalidad y lógicos como el de no-contradicción tal perspectiva es rebatida a través de la tesis doctoral aquí expuesta proponiendo un sistema completamente nuevo que lleve a sus últimas consecuencias la aparición de la teoría de la imputación objetiva.

- v. Así las cosas, paso a esquematizar los modelos tradicionales y a confrontarlo con mi propuesta:

Esquema Clásico (de principios del siglo XX)

Tipicidad	Antijuridicidad	Culpabilidad
Se verificaba que los hechos encuadraran en los siguientes requisitos: 1. Sujetos (activo y pasivo) 2. Conducta 3. Resultado 4. Nexo causal	Se verificaba que la conducta típica: 1. Causara daño (lesividad) 2. No estuviera justificada; es decir, autorizada.	Se verificaba que el sujeto: 1. Fuera imputable 2. Hubiese actuado con dolo o con culpa
<b>Nota:</b> En este nivel de análisis no se realizaba ningún juicio de valor normativo ni subjetivo, sólo que los hechos encuadraran con la <i>descripción objetiva</i> del delito.	<b>Nota:</b> Aquí se realizaba el juicio de valor normativo; es decir, se verificaba que la conducta típica fuera <i>contraria a derecho</i> .	<b>Nota:</b> Aquí se verificaba que la conducta típica y antijurídica hubiese sido realizada por un sujeto con facultades mentales normales y con dolo o culpa.

Fuente: propia.

Esquema colombiano actual

Tipicidad	Antijuridicidad	Culpabilidad
<b>Tipicidad objetiva:</b> Se verifica que los hechos encuadren en los siguientes requisitos: 1. Sujetos (activo y pasivo) 2. Conducta 3. Resultado 4. Nexo causal 5. Imputación objetiva. Consiste en saber si la persona: (i) creó un riesgo jurídicamente desaprobado y (ii) si dicho riesgo se realizó en el resultado.	Se verifica que la conducta típica: 1. Cause daño (lesividad) 2. No esté justificada; es decir, autorizada.	Se verifica que el sujeto: 1. Sea imputable 2. Haya tenido conciencia de lo ilícito 3. Haya tenido la posibilidad de haber actuado de otra manera.
<b>Tipicidad subjetiva:</b> Se verifica si la conducta se realizó con dolo, con culpa o con preterintención.		

<p><b>Nota:</b> En este nivel de análisis y no solo se verifica que los hechos encuadren con la <i>descripción objetiva</i> del delito, sino que ahora <b>además</b> se exige una comprobación de la <i>contrariedad de los hechos</i> con el ordenamiento jurídico (imputación objetiva) y de una verificación del aspecto subjetivo del delito.</p>	<p><b>Nota:</b> Aquí se realiza un juicio de valor normativo; es decir, se verifica que la conducta típica haya sido <i>contraria a derecho</i>. ¿Pero acaso esto ya no se hace en la imputación objetiva? Con este modelo la <i>legítima defensa</i>, por ejemplo, es <i>típica</i> pero no <i>antijurídica</i>, lo cual es un contrasentido ya que implica reconocer que se ha creado un riesgo <b>jurídicamente desaprobado</b> mediante una conducta permitida por el ordenamiento jurídico.</p>	<p><b>Nota:</b> Aquí se verifican unas condiciones personales del autor del hecho para considerarlo culpable.</p>
---	--	---

Fuente: propia.

*Versión resumida de la propuesta aquí defendida*

Tipicidad	Culpabilidad
<p><b>Tipicidad objetiva:</b> Se verifica que los hechos encuadren en los siguientes requisitos:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Sujetos (activo y pasivo)</li> <li>2. Conducta</li> <li>3. Resultado</li> <li>4. Nexo causal</li> <li>5. Imputación objetiva. Consiste en saber si la persona: (i) creó un riesgo jurídicamente desaprobado y (ii) si dicho riesgo se realizó en el resultado. Este análisis implica a su vez verificar si se trató de una conducta <i>lesiva o riesgosa</i> (esto es, si hubo daño) y si tal comportamiento estaba amparado o no por una <i>causal de justificación</i>.</li> </ol>	<p>Se verifica que el sujeto:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Sea imputable</li> <li>2. Haya tenido conciencia de lo ilícito</li> <li>3. Haya tenido la posibilidad de haber actuado de otra manera.</li> </ol>
<p><b>Tipicidad subjetiva:</b> Se verifica si la conducta se realizó con dolo, con culpa o con preterintención.</p>	<p><b>Nota:</b> Aquí se verifican unas condiciones personales del autor del hecho para considerarlo culpable.</p>
<p><b>Nota:</b> Con mi propuesta el análisis que antiguamente se dejaba desplazado para hacerlo en la antijuridicidad se satisface plenamente en sede de imputación objetiva. Así pues, en virtud de este nuevo modelo la <i>legítima defensa</i>, por ejemplo, es <i>atípica objetivamente</i>.</p>	

Fuente: propia.

A continuación, se mostrará el **nuevo esquema bipartito** del delito de forma más detallada (en esquemas):

## 4.2 REQUISITOS PARA LA EXISTENCIA DE UN DELITO CONSUMADO (Categorías dogmáticas generales)

**Tabla 22.** Requisitos para la existencia de un delito consumado

DELITO = Tipicidad + Culpabilidad = realización de una conducta prohibida + reprochabilidad del autor o partícipe de la misma
<b>1. TIPICIDAD, ILICITUD O INJUSTO PENAL</b> Requisitos
<b>1.1 TIPICIDAD OBJETIVA</b> <b>Se configura sí y sólo sí los hechos encuadran en:</b>
1.1.1 El tipo descriptivo (Elementos)
1.1.1.1 Existencia de un bien jurídico protegido.
1.1.1.2 Sujeto activo: a. Si es un <i>autor</i> tendrá que cumplir, en los <b>delitos activos o de omisión, propia</b> las características particulares que exija la disposición jurídica contenida en la parte especial del Código Penal, si esta exige alguna. b. Si es un <i>autor</i> tendrá que cumplir, en los <b>delitos de omisión impropia</b> , la calidad de <i>garante</i> según la fuente puntual de la cual se derive en el caso concreto dicho rol de competencia. c. Si es un <i>partícipe</i> deberá cumplir los requisitos exigidos para el cómplice o el determinador.
1.1.1.3 Sujeto pasivo.
1.1.1.4 Conducta: a. Precisada a través del <i>verbo rector</i> establecido por la ley penal b. Complementada en su delimitación, para ciertos casos, por <i>elementos normativos, elementos descriptivos</i> o por ambos.
1.1.1.5 Objeto material a. Personal, real o fenomenológico b. Complementado en su delimitación, para ciertos casos, por <i>elementos normativos, elementos descriptivos</i> o por ambos.
1.1.1.6 Resultado empírico
<b>1.1.2 El tipo atributivo</b> <b>(Elementos)</b>
1.1.2.1 Existencia de causalidad o nexo causal
1.1.2.2 Existencia de imputación objetiva por presentarse: a. Creación de un riesgo jurídicamente desaprobado al producirse i. Una efectiva <i>creación</i> del riesgo ii. Constituir la conducta un comportamiento <i>lesivo</i> iii. Encontrarse dicha acción u omisión <i>jurídicamente desaprobada</i> b. Realización del riesgo en el resultado por i. Evitabilidad del resultado y del curso causal ii. Previsibilidad del curso causal o del resultado iii. Estar el resultado cobijado por el fin de protección de la norma general

<b>1.2 TIPICIDAD SUBJETIVA</b> <b>Se configura sí y solo sí los hechos encuadran en:</b>
<b>1.2.1 El tipo subjetivo general</b> <b>(Elementos)</b>
1.2.1.1 Dominabilidad subjetiva del hecho por: a. Encontrarse el sujeto <i>consciente</i> b. Tener el sujeto <i>voluntariedad</i>
1.2.1.2 Haberse realizado, subjetivamente, de alguna de estas formas: a. Con <i>dolo directo</i> por cuanto el agente i. Conoce los hechos constitutivos de la infracción penal ii. Quiere su realización b. Con <i>dolo eventual</i> por cuanto i. La realización de la infracción penal ha sido prevista como probable ii. Su no producción se deja librada al azar. c. Con <i>culpa con representación</i> por cuanto el agente i. Previó la infracción penal ii. Confió en poder evitarla d. Con <i>culpa sin representación</i> por cuanto el agente i. No previó la infracción penal a pesar de ser previsible e. Con <i>preterintención</i> por cuanto el agente i. Quiere la realización de un hecho típico menos grave ii. No prevé la realización del hecho típico más grave a pesar de ser previsible
<b>1.2.2 El tipo subjetivo especial</b> <b>(Elementos)</b>
1.2.2.1 Ingrediente o elemento subjetivo especial ( <i>dolus specialis</i> )
<b>2. CULPABILIDAD</b> <b>Requisitos</b>
2.1 Exigibilidad de conducta conforme a derecho
2.2 Consciencia de lo ilícito
2.3 Imputabilidad

Fuente: propia.

### 4.3 SISTEMATIZACIÓN DE LAS AUSENCIAS DE RESPONSABILIDAD PENALES Y EXTRAPENALES

**Tabla 23.** Sistematización de las ausencias de responsabilidad penales y extrapenales

1. CAUSALES DE ATIPICIDAD
<b>1.1 CAUSALES DE ATIPICIDAD OBJETIVA</b>
<b>1.1.1 Atipicidad formal o descriptiva (Causales)</b>
1.1.1.1 Inexistencia de bien jurídicamente protegido
1.1.1.2 Ausencia de los requisitos exigidos para ser sujeto activo de la conducta
1.1.1.3 Ausencia de los requisitos exigidos para ser sujeto pasivo de la conducta
1.1.1.4 Inexistencia de la conducta o de los requisitos exigidos para su realización
1.1.1.5 Inexistencia del objeto material o de los requisitos exigidos para su configuración
1.1.1.6 Inexistencia de resultado material
<b>1.1.2 Atipicidad material o atributiva (causales)</b>
1.1.2.1 Inexistencia de nexo causal
1.1.2.2 Ausencia de imputación objetiva por
a. Falta de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado dado que
i. Faltó la efectiva <i>creación</i> del riesgo por
• Disminución del riesgo
ii. No hubo <i>lesividad</i> de la conducta por tratarse de
• una conducta carente de peligrosidad por inidoneidad del comportamiento
• una conducta de bagatela o insignificante
• una conducta socialmente adecuada.
iii. Faltó la <i>desaprobación jurídica del comportamiento</i> por tratarse de un riesgo permitido de tipo
• <i>General</i> al provenir de una norma jurídica la autorización
• <i>Particular</i> al tener como fuente:
◇ Una causal de justificación
» Regulada por el Código Penal tales como:
× El consentimiento (art. 32.2 CP)
× El estricto cumplimiento de un deber legal (art. 32.3 CP)
× El cumplimiento de una orden legítima (art. 32.4 CP)
× El ejercicio de un derecho (art. 32.5 CP)
× El ejercicio de un cargo público (art. 32.5 CP)
× El ejercicio de una actividad lícita (art. 32.5 CP)
× La legítima defensa (art. 32.6 CP)
× El estado de necesidad justificante (art. 32.6 CP)
» Regulada por fuera del Código Penal tales como:
× Las creadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional
× Las provenientes de la totalidad del ordenamiento jurídico colombiano
◇ Un principio de confianza

<ul style="list-style-type: none"> <li>◊ Una prohibición de regreso</li> <li>◊ Una acción a propio riesgo</li> <li>◊ Una norma de cuidado proveniente de           <ul style="list-style-type: none"> <li>» Los reglamentos</li> <li>» La <i>lex artis</i></li> <li>» O la figura del baremo diferenciado</li> </ul> </li> </ul> <p>b. Falta de realización del riesgo en el resultado por</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>i. Inevitabilidad del resultado y del curso causal dado que:           <ul style="list-style-type: none"> <li>• Aunque se hubiese llevado a cabo una conducta alternativa conforme a derecho éstos de todas formas habrían ocurrido</li> <li>• El resultado terminó siendo el producto de un riesgo general de vida</li> <li>• Fue producto de una fuerza mayor (art. 32.1 CP)</li> </ul> </li> <li>ii. Imprevisibilidad del curso causal o del resultado por presentarse           <ul style="list-style-type: none"> <li>• Un caso fortuito (art. 32.1 CP)</li> </ul> </li> <li>iii. No encontrarse el resultado cobijado por el fin de protección de la norma jurídica</li> </ul>
<b>1.2 CAUSALES DE ATIPICIDAD SUBJETIVA</b>
<b>1.2.1 Atipicidad subjetiva general (Causales)</b>
1.2.1.1 Falta de dominabilidad subjetiva del hecho por: <ul style="list-style-type: none"> <li>a. Presentar el sujeto un estado de plena inconciencia en el que no concurrió una <i>actio u omissio libera in causa</i></li> <li>b. Haber actuado el sujeto en virtud de un acto reflejo en el que no concurrió una <i>actio u omissio libera in causa</i></li> </ul>
1.2.1.2 Error de tipo invencible o vencible sobre un hecho no penalizado por comisión culposa ya sea que este verse sobre: <ul style="list-style-type: none"> <li>a. Cualquier hecho adecuado al tipo penal objetivo descriptivo o atributivo (error de tipo <i>directo</i>)</li> <li>b. Los presupuestos objetivos de una causal de justificación o cualquier forma de riesgo permitido (error de tipo <i>indirecto</i>)</li> </ul>
<b>1.2.2 Atipicidad subjetiva especial (Causales)</b>
1.2.2.1 Ausencia ejecución de la conducta <i>motivado</i> por el propósito especialmente exigido por la ley penal
<b>2. CAUSALES DE EXCULPACIÓN</b>
2.1 Inexigibilidad de conducta conforme a derecho por presentarse <ul style="list-style-type: none"> <li>a. Estado de necesidad exculpante</li> <li>b. Miedo insuperable</li> <li>c. Insuperable coacción ajena</li> <li>d. Situaciones similares a las anteriores</li> <li>e. Error en los presupuestos objetivos de una causal de ausencia de responsabilidad exculpante por inexigibilidad</li> </ul>
2.2 Error de prohibición invencible
2.3 Inimputabilidad proveniente de <ul style="list-style-type: none"> <li>a. Trastorno mental</li> <li>b. Diversidad socio-cultural</li> <li>c. Inmadurez psicológica</li> </ul>

d. Eventos similares que le impidan al agente tener la capacidad para: (i) comprender lo ilícito de sus actos o (ii) determinarse de acuerdo a esa comprensión.

## 4.4 LAS DIFERENCIAS ENTRE EL ESQUEMA BIPARTITO PROPUESTO Y LAS TEORÍAS DEL INJUSTO PENAL Y LA TIPICIDAD CONGLOBANTE

### 4.3.1 Diferencias teóricas con la teoría de los elementos negativos del tipo penal

Tal y como se expuso en el capítulo II de la presente investigación el término *injusto* en su versión original al interior del *esquema neoclásico* fue definido y comprendido de dos formas diferentes según dos vertientes teóricas surgidas al interior del mismo: (1) la *versión radical* de FRANK, MERKEL, HEGLER y WOLF para quienes el “injusto” era la completa fusión de la tipicidad y la antijuridicidad “*declarando que el tipo es ante todo ‘antijuridicidad tipificada’, en el que las causas de justificación actúan como elementos negativos del tipo: una conducta es típicamente antijurídica, a condición de que no esté justificada, y, en caso de estarlo, desaparece el injusto típico, vale decir, al propio tiempo la antijuridicidad y la tipicidad.*”<sup>715</sup>; y (2) la *versión moderada* de MEZGER<sup>716</sup> quien consideró que el tipo penal era el fundamento del injusto; en otras palabras, que la tipicidad era la *ratio essendi* o razón de ser de la antijuridicidad, pero sin llegar a fusionar tales conceptos, por lo que la eliminación de la última seguía dejando intacta la tipicidad.

De allí se derivaron, al menos, tres corrientes teóricas del Derecho Penal a partir de las cuales se estableció un *orden lógico*<sup>717</sup> en el que se posicionó de distinta forma la antijuridicidad, según se muestra: (1) una corriente similar a la versión de MEZGER que no acogió la teoría de los elementos negativos del tipo penal,

---

715 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal Fundamental 1. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2007. p.497.

716 MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. p. 376.

717 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Op., cit. p. 60.

pero sí la teoría del injusto en donde la *tipicidad* es *ratio essendi* de la antijuridicidad y que hoy en día es seguida por Claus ROXIN aunque bajo la variante propuesta por GALLAS y según la cual el tipo penal debe separarse sistemáticamente de la antijuridicidad porque aun cuando sea un *tipo de injusto* “no es idéntico al injusto: es (...) *ratio essendi* de la pertenencia del hecho al *typus de injusto*, pero en cambio sólo *ratio cognoscendi* de su antijuridicidad en el caso concreto”<sup>718</sup>, razón por la cual desde esta perspectiva el orden lógico sigue siendo: *injusto* (acción + tipicidad + antijuridicidad) y *culpabilidad*; (2) una corriente que mantuvo la teoría de los elementos negativos del tipo, vgr. GIMBERNAT ORDEIG<sup>719</sup>, desde la que se afirma que las causales de justificación hacen parte integral del tipo penal y que, por ende, la tipicidad implica *siempre* su antijuridicidad de tal forma que ante la concurrencia de legítima defensa, estado de necesidad justificante u otra circunstancia similar habrá de excluirse también la tipicidad del comportamiento. Así las cosas, el orden lógico de los elementos del delito, a partir de dicha perspectiva, sería: *tipo total de injusto* (= tipo positivo + tipo negativo<sup>720</sup>)<sup>721</sup> y *culpabilidad*. No obstante, es importante precisar que el *tipo total de injusto* sería algo así como una especie de *antijuridicidad penal*<sup>722</sup> al ser el producto de un proceso satisfactorio de adecuación típica sumado a la ausencia de toda clase de causales de justificación; y (3) por último, una postura derivada quizás de la teoría de los elementos negativos del tipo penal y que defendida por un amplio sector de la doctrina española se podría rotular, siguiendo al tratadista Juan FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, como “*Teoría de la precedencia lógica de la antijuridicidad con respecto al tipo*”<sup>723</sup> conforme a la cual al ser los tipos penales *siempre* tipos de injusto o, en otras palabras, antijuridicidad tipificada habría que estudiarse el “tipo penal” metodológicamente siguiendo este orden del cual se compone: “1) *antijuridicidad*, 2) *tipicidad objetiva* y 3) *tipicidad subjetiva*”<sup>724</sup>. Sin embargo, entre los distintos autores que se agrupan en esta línea teórica hay importantes diferencias, por ejemplo, MIR PUIG considera que el delito se encuentra compuesto por: una *antijuridicidad penal*<sup>725</sup> (que sería

---

718 ROXIN. Op., cit. p. 288.

719 GIMBERNAT, Enrique. Estudios de Derecho Penal. 2ª ed. Madrid: Editorial Civita, 1981. p. 141, nota 32.

720 Compuesto por la *ausencia de las causales de justificación*.

721 Así: MIR PUIG, Santiago. Op., cit. p.556.

722 FERNÁNDEZ, Juan. Op., cit. p. 61.

723 Ibid., 65.

724 Ibid., p. 67.

725 MIR PUIG, Santiago. Op., cit. p. 138 y 158

igual a la tipicidad penal) (integrada por un comportamiento humano + la conducta típica en sus aspectos objetivo y subjetivo + sujetos + objetos) + la ausencia de causales de justificación) y una *imputación personal* o *culpabilidad*.

Sin embargo, ¿qué tienen en común todas estas teorías? Que siguen manteniendo la antijuridicidad como un criterio distinto de la *tipicidad*. Por lo tanto, aunque consideren que la imputación objetiva es la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y las causales de justificación *autorizaciones* del orden jurídico, deciden considerar que son fenómenos jurídicos independientes. En consecuencia, la visión extrema de los *elementos negativos del tipo*, aunque se parece a nuestra tesis en el hecho de considerar que las *causales de justificación* son a su vez circunstancias de atipicidad, lo hacen por un camino argumentativo equivocado al afirmar que tal situación se presenta por una especie de “eliminación” *ex post* del tipo penal y no como la propuesta aquí esgrimida *ex ante*. Es decir, para los teóricos de esta vertiente en un caso de legítima defensa analíticamente estudian primero la tipicidad objetiva, luego la subjetiva y cuando llegan a la antijuridicidad al verificar que existía una causal de justificación se devuelven y dicen entonces que esa situación arrastró también con el primer análisis realizado y que por ende la conducta no solamente no es antijurídica sino también atípica. Ese retroceso parece un juego de indecisión que raya con la inequívocidad que exige un Derecho Penal anclado en principios como el de legalidad.

Por el contrario, **con la tesis aquí expuesta** se dicen las cosas como son y sin rodeos de forma coherente con todo el sistema de teoría del delito afirmando que la legítima defensa y las causales de justificación en general impiden desde su inicio la afirmación tan siquiera provisional de una tipicidad objetiva del hecho porque sencillamente **no constituyen riesgos jurídicamente desaprobados sino conductas plenamente aprobadas o autorizadas por el ordenamiento normativo vigente**.

Adicional a ello, se tiene que dichas doctrinas asociadas con la teoría del injusto olvidan por completo la estructuración de una perspectiva sólida acerca de la *ausencia de lesividad* como elemento configurativo del delito (en su aspecto negativo) brillando por su ausencia todo análisis al respecto, al contrario de lo que ocurre con la presente investigación que le da el lugar que se merece

mediante criterios de aplicación y optimización completamente claros; esto es, en sede de la tipicidad objetiva considerándolo un criterio negativo de imputación objetiva.

### 4.3.2 Diferencias teóricas con la teoría de la tipicidad conglobante.

El tratadista Eugenio Raúl ZAFFARONI propone la teoría de la *tipicidad conglobante* ampliando el tipo penal a uno que él denomina *tipo conglobante* y en el cual la conflictividad se establece, más allá de la *función sistemática* que únicamente permitiría descartar las conductas inocuas, por medio de dos criterios: “(a) que haya lesividad, o sea, una lesión (a un derecho o bien jurídico ajeno) y (b) que sea objetivamente imputable al agente como obra propia”<sup>726</sup>, llamando a tales circunstancias *función conglobante* del tipo penal.

Así las cosas, la *función conglobante* implica verificar:

- La *lesividad* del comportamiento la cual no se presenta si existe:
  - ◊ Insignificancia
  - ◊ Cumplimiento de un deber
  - ◊ Consentimiento
  - ◊ Acciones fomentadas por el derecho
  
- La *imputación objetiva* como “pertenencia a un sujeto” se produce si se cumplen dos requisitos:
  - ◊ Dominabilidad del hecho
  - ◊ Aporte no banal del partícipe secundario

Esta teoría, sin embargo, es completamente diferente a la aquí defendida por las siguientes razones:

---

726 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. Op., cit. p. 357; Críticamente. RIGHI, E. Derecho Penal, Parte General. Argentina: Abeledo-Perrot, 2013. p. 157., quien establece que “con la adopción de este punto de vista no se obtienen consecuencias distintas a las de la doctrina dominante.”

1. La ausencia de lesividad la esgrime como un sub-criterio distinto de la imputación objetiva aumentando innecesariamente los elementos del tipo penal. En cambio, mediante nuestra tesis la *ausencia de lesividad* y sus criterios como la *insignificancia* corresponden al *lado negativo* de la imputación objetiva, evitándose así la multiplicación innecesaria de los entes.
2. El profesor ZAFFARONI mediante su teoría de la tipicidad conglobante aún mantiene las causales de justificación (tales como el Estado de Necesidad o la Legítima Defensa) como hechos típicos carente de antijuridicidad, razón por la cual mediante dicha doctrina no se alcanzan a cobijar todas las ausencias de responsabilidad que con nuestra tesis si se abarcan. En consecuencia, mientras que con la tipicidad conglobante la legítima defensa implica realizar un acto típico pero carente de antijuridicidad, con nuestra tesis tal hecho termina siendo completamente atípico a nivel objetivo y de esta manera la función de la antijuridicidad en el esquema **realmente bipartito** aquí propuesta terminaría siendo igual a 0.

#### 4.3.3 Los antecedentes teóricos de la propuesta aquí realizada

Si bien es cierto que lo radical y quizás atrevida de la propuesta esgrimida mediante la presente investigación doctoral, así como su fundamentación, no encuentra paralelo exacto en la doctrina, también lo es que muchas de sus ideas tienen antecedentes importantes tanto en Alemania, como en España y Colombia, razón por la cual se expondrán brevemente a continuación:

1. En lo relativo a la ubicación de la *ausencia de lesividad* (respecto de casos socialmente adecuados, insignificantes e inidóneos) se observa que esta tesis fue expuesta primigeniamente por ROXIN en su manual de Derecho Penal como se observó líneas atrás. Por el contrario, en Colombia el profesor Jesús Orlando GÓMEZ LÓPEZ<sup>727</sup> ha argumentado que la

---

727 GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *Tratado de Derecho Penal. La tipicidad. Tomo III*. Op. Cit. p. 251 y ss.

atipicidad objetiva del comportamiento por ausencia de lesividad (en casos insignificantes) se presentaría porque el *resultado jurídico* como elemento estructural del tipo penal objetivo lo constituye la antigua antijuridicidad material; esto es, la lesión o puesta en peligro efectivo el bien jurídicamente tutelado y no solamente el acaecimiento empírico-material previsto por algunos tipos penales.

2. Respecto a la consideración de las causales de justificación como criterios negativos de tipicidad objetiva se observan algunos otros antecedentes además de los autores alemanes y españoles ya citados entre los que cabe destacar los siguientes:
  - a. El doctrinante Omar PALERMO<sup>728</sup> para quien la legítima defensa sería un problema de imputación objetiva puesto que la lesión causada al agresor podría ser considerada una “autolesión” que deberá resolverse en el ámbito de imputación a la víctima,
  - b. Igualmente, el profesor Jorge PERDOMO TORRES en un agudo texto denominado *Sobre el “vaciamiento” de la antijuridicidad* expone que las tradicionales causales de justificación impiden la creación de riesgos jurídicamente desaprobados. Sin embargo, a diferencia de la tesis aquí expuesta él fundamenta su aserto afirmando que, en casos de estricto cumplimiento de un deber legal, ejecución de orden legítima, ejercicio de un derecho, cargo público y actividad lícita “*el agente actúa atípicamente, pues su comportamiento, aunque sea causal de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, no tiene la entidad suficiente para ser reprochado penalmente*”<sup>729</sup>. Pese a ello, coincide con la tesis aquí defendida en que la legítima defensa es un riesgo permitido y que esta interpretación “*evita tener que buscar un criterio adicional que excluya la responsabilidad por fuera del tipo penal*”<sup>730</sup>.

---

728 PALERMO, Omar. *Aspectos de la justificación en una dogmática normativista*. En: *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo*. Libro homenaje al profesor Günther JAKOBS en su 70 aniversario, p. 457 y ss.

729 PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *Sobre el “vaciamiento” de la antijuridicidad*. En: *Estudios penales a partir de la libertad y solidaridad*. Bogotá: Editorial Externado, 2009, p. 140

730 Ídem, p. 140

Así mismo, agrega a su postura como argumento histórico adicional que antes del finalismo la antijuridicidad en su contenido material apuntaba a determinar el “desvalor del resultado” (esto es, la lesión o puesta en peligro efectivo de un bien jurídicamente tutelado), pero que con WELZEL el supuesto fáctico pasó a estudiarse o valorarse desde la perspectiva de la conducta y no del resultado; es decir, desde el desvalor de la acción como concepto meridiano del derecho penal. Tales circunstancias facilitaron que la imputación objetiva entrara en escena y que, a su vez, no resultara correcto *“entender la tipicidad siquiera como indicio de antijuridicidad; más bien, el comportamiento creador de un riesgo jurídicamente desaprobado es ya la antijuridicidad misma.”*<sup>731</sup>

- c. En su libro *Tipicidad y Derecho Penal* el académico Alejandro NAVAS CORONA asegura que las causales de ausencia de responsabilidad de los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 32 del CP son solucionados por algún sector de la doctrina *“con la llamada “tipicidad conglobante”, ya que se dice no se está vulnerando en realidad el bien jurídico, sin embargo es una teoría que se ha postulado por un sector minoritario de la doctrina, si no podríamos decir individual o unipersonal en su desarrollo filosófico. (...) Es paradójico que el ordenamiento mande a realizar determinada conducta y, a la vez, la castigue por realizarla; por esto se resuelve la contradicción en favor de la licitud de la conducta. Sin embargo, es preciso llevar a cabo una interpretación restrictiva de esta causal de justificación, con base en el respeto a la dignidad de la persona humana.”*<sup>732</sup>

---

731 Ídem, p. 133

732 NAVAS CORONA, Alejandro. *Tipicidad y Derecho Penal*. Versión digital: <http://www.ellibrototal.com/ltotal/ficha.jsp?idLibro=3408>

## 4.5 ¿LA ELIMINACIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD CONSTITUYE UNA POSTURA TEÓRICA QUE RIÑE CON EL GARANTISMO PENAL?

### 4.4.1 Precisiones conceptuales iniciales: principialismo constitucionalista vs. garantismo.

Siguiendo a FERRAJOLI<sup>733</sup>, se afirma que el término “**constitucionalismo**” resulta ser equivalente a los de “iusconstitucionalismo” y “constitucionalismo jurídico”. En cuanto a su comprensión semántica, se tendría que tales expresiones se utilizan para caracterizar a todos aquellos ordenamientos jurídicos que tienen como propiedad común el poseer una ley positiva superior (o Constitución Política) ubicada por encima de la legislación ordinaria, sin que importe para su configuración el tipo de técnica que se emplee a la hora de garantizar su superioridad; es decir, el *control difuso* o el *control concentrado* de constitucionalidad.

En torno a esta caracterización del ordenamiento jurídico se pueden plantear diversas posturas: algunas de tipo filosóficas de donde surgirían a la vez el *constitucionalismo iusnaturalista* versus el *constitucionalismo positivista*, y otras de teoría general del derecho en la cual se vería radicado el efecto práctico de los debates filosóficos que suelen presentarse, pudiéndose encontrar principalmente allí las corrientes contrapuestas del *constitucionalismo principialista*, *argumentativo* o *neoconstitucionalismo* y el *constitucionalismo garantista*. En esencia las tesis básicas de cada uno de ellos (de los últimos) serían las siguientes:

- El **constitucionalismo principialista** afirma que<sup>734</sup>:
  1. Los derechos fundamentales son valores o principios de tipo moral
  2. Que tales principios son esencial, estructural y pragmáticamente

---

733 FERRAJOLI, Luigi. El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 34 (2011) ISSN: 0214-8676 pp. 311-360

734 PINO, Giorgio. Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 34 (2011) ISSN: 0214-8676 pp. 201-228

- diversos de las reglas por estar dotados de una normatividad más débil
3. Que como consecuencia de tal distinción los principios no pueden ser sometidos al ejercicio de “subsunción” como las reglas, sino a la “ponderación” o el “balanceo”, y
  4. Que, por ende, al haber incorporado las constituciones tales principios morales y a su vez todo juez o tribunal constitucional incluirlos en sus decisiones, es necesario conceder que existe entre el derecho y la moral una relación conceptual necesaria
- Por el contrario, el **constitucionalismo garantista** afirma que:
    1. Al ser esencialmente positivista, los derechos fundamentales implican de forma necesaria la existencia de reglas para su aplicación, las reglas son las garantías de los derechos.
    2. No existe una distinción fuerte entre reglas y principios, siendo más bien su diferencia de “estilo”<sup>735</sup>
    3. Los principios (al menos un cierto de tipo de ellos: los derechos fundamentales) deben ser operativizados mediante el proceso de subsunción y no de ponderación o balanceo
    4. No existe entre el derecho y la moral una relación conceptual necesaria, que sí, en algunos casos, contingente

En consecuencia, se puede observar que el *paradigma garantista* de FERRAJOLI se **opone** al *neoconstitucionalismo o paradigma principialista* de autores tales como Robert ALEXY o Ronald DWORKIN, entre otros por múltiples razones sustanciales que pareciera hacerlos incompatibles.

Ante dicha situación doctrinal, era **imperioso** que la presente investigación optara por una u otra doctrina jurídica a la hora de desarrollar cada uno de los capítulos, tomando al final la decisión de emplear el *paradigma principialista* como se anunció desde la estrategia metodológica. Lo anterior, no implica, sin embargo, la renuncia a la utilización de las garantías que pregona Luigi FERRAJOLI ni tampoco a los elementos que componen las mismas puesto que

---

735 FERRAJOLI, Luigi. P. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 34 (2011) ISSN: 0214-8676 pp. 15-53

**justamente en dicho aspecto** la diferencia entre una u otra teoría es tan sutil que resulta inexistente.

Ello explica que, aun cuando la teoría filosófica de base sea el principialismo constitucionalista, al inicio del capítulo 2 se cite *in extenso* a FERRAJOLI sin que resulte una contradicción con la visión teórica aquí esgrimida puesto que el *corpus* normativo que él propone no resulta novedoso ni privativo de su pensamiento, habida cuenta que pertenece al legado que históricamente nos dejó el “liberalismo clásico” como el propio profesor italiano lo reconoce en su más reciente libro<sup>736</sup>.

Por último, en cuanto a las razones por las que se prefiere el *principialismo constitucionalista* al *garantismo* de FERRAJOLI se coincide con Giorgio PINO en las críticas que éste le realiza a aquél:

1. Frente a la separación entre derecho y moral explica que

“La fusión, al menos en algunos casos (pero son casos muy importantes), entre razonamiento jurídico y razonamiento moral, que es consecuencia de la necesidad de interpretar cláusulas constitucionales que reenvían expresamente a principios morales, es un dato de hecho ineludible. Esto no requiere abandonar la tesis positivista de la separación, pero limita drásticamente su relevancia sólo a la determinación de la validez formal.”<sup>737</sup>

2. Respecto a la no-separación entre principios y reglas Pino observa que
  - Ferrajoli esgrime una tesis que falsea una realidad inocultable: los principios se encuentran configurados supuestos de hecho y consecuencias jurídicas absolutamente genéricas que los convierte en estructuras sustancialmente distintas de las reglas

---

736 FERRAJOLI, Luigi. El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal. Madrid: Editorial Trotta, 2018, p. 28 y ss.

737 PINO, Giorgio. *Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos*, op. Cit. p. 228

- Los principios y las reglas no poseen simples diferencias de estilo, puesto que una de las características básicas de aquéllos es su dimensión *normogénica*; esto es, su capacidad para producir otras normas y especialmente reglas.
- No es cierto que la distinción entre reglas y principios debilite el carácter normativo de las disposiciones constitucionales, pues es en virtud de la superioridad de esos principios que muchos de ellos hoy en día constituyen referentes normativos y parámetros de constitucionalidad.
- En cuanto al aumento de la precisión de los textos constitucionales, ello no sería posible porque:

“a) son fruto de compromisos entre diversas fuerzas políticas que expresan visiones diversas de la sociedad; b) tienen por lo general una connotación pluralista, que deriva de su carácter de pacto y compromiso: de modo que asumen el pluralismo (la diversidad de las concepciones del bien, de la vida buena, de la libertad, de las relaciones sociales) no sólo como un dato de hecho, sino también como un valor para ser preservado, y quizás el único (meta-) valor que es más importante que los otros; c) deben aplicarse, potencialmente, a toda la sociedad: una constitución es, casi literalmente, un proyecto orgánico de fundación de un orden social, y d) están pensadas para durar por mucho tiempo.”<sup>738</sup>

3. Finalmente, en cuanto a la opinión que Ferrajoli tiene de la ponderación, Pino piensa que se equivoca dado que:

- Tal y como se encuentran redactados los derechos en las constitucionales actuales, ellos plantean en sus mismas disposiciones limitaciones de toda índole, porque lo que su afirmación de que son reglas absolutas resultaría errada.

- Aun cuando es cierto que la ponderación no es una técnica novedosa, no resulta verdadero equipararla sin más con la interpretación sistemática, que más que un método hermenéutico sería un conjunto de técnicas interpretativas cuya extensión exigía de Ferrajoli explicar un poco más el sentido de sus asertos.
- Por último, en lo relativo a la afirmación de Ferrajoli según la cual lo que se ponderan son hechos, Pino dice lo siguiente:
- “Un hecho, en sí, no «pesa» más o menos que otro hecho: los hechos adquieren relevancia, y por tanto «peso», en el Derecho como en otro lugar, sólo a la luz de algún criterio normativo, como lo puede ser una norma jurídica (regla o principio), una valoración moral o equitativa, una estimación económica, etc.; también en los ejemplos considerados por Ferrajoli (la valoración de las circunstancias atenuantes y agravantes, o de las causas de justificación, en un juicio penal) las circunstancias de hecho sólo son visibles a la luz de un criterio normativo, que a veces puede no estar explicitado, y otras veces puede ser enteramente remitido a la apreciación del juez.”<sup>739</sup>

Así las cosas, la postura del *principialismo constitucionalista* que soporta la presente investigación **sí** riñe con el *garantismo penal* (como vertiente teórica), mas **no** con las garantías penales que bajo la forma de principios son maximizadas a partir de los resultados obtenidos mediante la comprobación de la hipótesis de trabajo inicialmente planteada en este trabajo.

#### **4.4.2 La maximización de las “garantías liberales” de las personas desde la tesis aquí propuesta. Aplicaciones dogmáticas del principialismo constitucionalista.**

Desde el *principialismo constitucionalista* aquí defendido tanto la facultad de elaborar un Código Penal o Derecho positivo en dicha materia (*ius puniendi*),

---

739 *Ibidem*, p. 220

como la construcción de un “sistema” por parte de la Dogmática Jurídico-Penal se encuentran claramente *limitadas* y condicionadas, y esos *límites* son, sin lugar a dudas, los “principios constitucionales” o “principios rectores” del Derecho Penal. Desde la teoría jurídica los *principios* son un tipo de *normas* que existen en cualquier orden constitucional junto con las reglas y los valores, teniendo ellos funcionamientos y estructuras totalmente diversas. Los principios, para nuestro caso, son entendidos por la doctrina mayoritaria acogida en Latinoamérica y de origen germánico como “mandatos de optimización”; esto es, como “*normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas.*”<sup>740</sup> Así mismo, es usual que los “principios rectores”, ubicados en la Constitución Política y el Bloque de Constitucionalidad, sea recogidos, positivizados y desarrollados mediante los primeros artículos de los códigos penales a través de la fórmula legislativa de “normas rectoras”.

Aun cuando son muchos los principios materiales limitadores del *ius puniendi* que existen tanto en la doctrina científica como constitucional y jurisprudencial tan solo brevemente se enuncian 9 de ellos, agrupados de tal manera que den respuesta a los siguientes interrogantes:

a. En cuanto al *delito*

a.a.) ¿Qué se debe y qué se puede prohibir?

Las conductas que lesionen o pongan en peligro efectivo bienes jurídicamente tutelados\_ (El fundamento son tres principios: (1) el principio del *acto o derecho penal de acto*, como parte integrante del principio de culpabilidad; (2) el principio de *lesividad*; y (3) el principio de *exclusiva protección de bienes jurídicos*)

b.b.) ¿Cómo se debe prohibir?

Exclusivamente mediante leyes de cuya existencia previa dependerá también la existencia del delito y en las cuales habrá de definirse

---

740 ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N. 28, 2003, pág. 95

de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales de lo que se considera prohibido (El fundamento son dos principios: (1) el principio de *legalidad en sentido formal*; y (2) el principio de *legalidad en sentido material o taxatividad*)

c.c.) ¿A quién se debe prohibir?

Solo a quienes pudiendo dominar el hecho, siendo imputables, pudiendo actuar de otro modo y con perfecta consciencia de lo ilícito hayan decidido actuar de manera contraria a derecho (El fundamento de ello es el principio de *culpabilidad*)

d.d.) ¿Cuándo se debe prohibir?

Lo menos posible y únicamente cuando las otras ramas del Derecho hayan fracasado en la evitación de lesiones a bienes jurídicos, siempre y cuando se trate de conductas que laceren bienes jurídicos de la forma más grave (El fundamento de ello es el principio de *intervención mínima* o *subsidiariedad* que a su vez se divide en dos subprincipios: (1) *ultima ratio*; y (2) *fragmentariedad*)

b. En cuanto a la *pena*

a.a.) ¿Cómo se debe sancionar?

De manera humanitaria, sin consagrar sanciones que denigren o busquen rebajar el estatus que tenemos por el sólo hecho de ser humanos, estipulando consecuencias jurídicas por el delito que sean proporcionales al daño causado y el nivel de participación en el mismo (Se fundamenta en los principios de: (1) *dignidad humana*; y (2) *proporcionalidad*)

b.b.) ¿Con qué finalidad se debe sancionar?

De manera distinta para imputables e inimputables, teniendo como finalidad primordial para los primeros la resocialización; y la curación

y protección como objetivos principales para los segundos (Se fundamenta en el principio de *teleología de las sanciones penales*)

Ahora bien, ¿este conjunto de **principios** o **garantías** resultan incompatibles con la eliminación de la antijuridicidad como elemento independiente del delito? De ninguna manera puesto que:

1. Todas las funciones de garantía que cumplía la *antijuridicidad* ahora son cumplidas de una forma más clara y coherente por la *tipicidad objetiva* dentro del estadio de análisis denominado *imputación objetiva*.
2. La teoría de la imputación objetiva, desde el principialismo constitucionalista, es **refundamentada** en esta investigación mediante la utilización de principios constitucionales tales como el de legalidad, acto, culpabilidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, lesividad, etc., extirpando así cualquier semilla de posible teorización meramente formalista y funcionalista que en vez de dignificar a las personas en su función normo-regulativa terminara anulando su consideración como fines en sí mismos.
3. Al eliminar la contradicción e incoherencia de considerar al mismo tiempo una conducta como prohibida (típica) y permitida (justificada o no antijurídica) se permite maximizar una de las consecuencias derivadas del principio de legalidad: la inequívocidad y claridad de la ley.
4. Al trasladar las causales de justificación de la antijuridicidad a la tipicidad se abandona **definitivamente** el perverso lastre de un *derecho penal de autor* que aún conservaban las mismas al configurarse las mismas mediante la exigencia de elementos subjetivos especiales, maximizándose así el derecho penal de acto y el principio de culpabilidad.
5. Finalmente, al trasladar los casos de *ausencia de lesividad* de la antijuridicidad a la tipicidad objetiva se construye un importante “restringidor” hermenéutico y dogmático que impide la subsunción meramente formalista de los hechos en el tipo penal para pasar a considerar dicha figura legal desde un ámbito más humanista y sustancial.

Por lo tanto, aun cuando la *fundamentación lógica* del por qué la antijuridicidad debe ser eliminada como un elemento independiente del delito podría dar la impresión de un excesivo culto a la racionalidad formal, lo cierto es que dicho argumento es apenas uno de los tantos expuestos, habida cuenta que la **base fundamental** del por qué la imputación objetiva cumple actualmente todas las funciones de la antijuridicidad y por ello debe ser eliminada, además del argumento histórico, se encuentra en las consecuencias que se derivan **inevitablemente** de la maximización de los principios de acto, culpabilidad, legalidad, *ultima ratio*, exclusiva protección de bienes jurídicos y lesividad, entre otros. O, en otras palabras, del hecho de *tomarnos en serio* los derechos individuales que subyacen a los principios constitucionales pregonados por un Estado Social y Democrático de Derecho como lo es hoy en día (o pretende serlo) Colombia.

## 4.6 EPÍLOGO

Se finaliza esta investigación poniendo de presente que la tesis aquí defendida tuvo como faro orientador el principio metafórico denominado la Navaja de Ockham según el cual “la explicación más sencilla, suele ser la correcta”<sup>741</sup>, pues como bien dijera este pensador medieval “la multiplicación de los entes es una actividad innecesaria”<sup>742</sup>; tan innecesaria como duplicar el examen de desaprobación de la conducta que aparece primero en la tipicidad, con la imputación objetiva, y luego un escalón más allá con la antijuridicidad penal a partir de la comprobación negativa de las denominadas causales de justificación. Tanta redundancia en un sistema sólo puede traer como consecuencia la deformación de los conceptos, la agonía de la cientificidad y las inconsistencias en su aplicación. Por eso se desliga del pasado y se reconoce

---

741 Las formulaciones originales del principio son: (1) “no se deben multiplicar los entes sin necesidad” (*Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*) y (2) *Frustra fit per plura quod potest fieri per pauciora*. RAELE, Giovanni y ANTÍSERI, Darío. *Historia de la Filosofía*. Tomo II, Patrística y Escolástica. Bogotá: Universidad Pedagógica Nacional y Editorial San Pablo, 2011. p. 446; Gran Enciclopedia Espasa, Tomo 14, Dossier, Guillermo de Ockham. Bogotá: Editorial Espasa Calpe, 2005. p. 8614; y RUSSELL, Bertrand. *Sabiduría de Occidente*. Madrid: Aguilar, S.A. de Ediciones, 1962. p. 163.

742 “Con esta metáfora, Ockham desea expresar un principio antiplatónico, por el cual no es necesario multiplicar los entes y construir un mundo ideal de esencias: no es necesario ir más allá de los individuos” En: RAELE, Giovanni y ANTÍSERI, Darío. *Op.*, cit. p. 447.

sin reservas los cambios radicales que para el sistema brindó la aparición de la imputación objetiva. Acá no se proponen hacer fusiones extrañas como en la teoría del injusto o de los elementos negativos del tipo. Acá lo que se plantea es llamar las cosas por su nombre y eso ordena decir que **la antijuridicidad ha muerto como categoría dogmática independiente**, pero no su contenido que, mejorado, se ha trasladado hasta la imputación objetiva permitiendo construir un esquema del delito más manejable, coherente y eficiente. No hay que quedarse en el pasado, repitiendo las mismas ideas, pues “las ideas tiranizan al que tiene pocas”<sup>743</sup>.

---

743 GÓMEZ DÁVILA, Nicolás. Escolios a un texto implícito. Selección. Bogotá: Villegas Editores, 2002. p.121.



## CONCLUSIONES

### 5.1 Con relación a la teoría de la imputación objetiva

#### 5.1.1 Relaciones entre causalidad e imputación objetiva:

5.1.1.1 La conducta tipificada, así como el resultado tipificado son, al tiempo, empíricos y normativos razón por la cual es necesario establecer entre ellos, puentes de conexión válidos y pertinentes que abarquen ambos mundos. Por estas razones la búsqueda de nexos omnicomprensivos resulta completamente inútil, dado que una conexión meramente ontológica o puramente jurídica, termina dejando inconcluso alguno de los presupuestos necesarios para la configuración del Delito en cualquier ordenamiento penal. Así las cosas, debe entenderse que el Delito no es únicamente onticidad, pero tampoco exclusiva normatividad, constituyendo (una y otra una) serie de agregados insuficientes a nivel individual, pero necesarios en su concurrencia para afirmar la responsabilidad penal, razón por la cual y derivado del análisis realizado líneas atrás, que tanto la causalidad como la imputación objetiva son elementos indispensables para establecer el compromiso criminal de un individuo por cuanto sólo podrá atribuirse un hecho a una persona como obra suya si y sólo si (1) empíricamente se encuentran conectados entre sí el resultado, la conducta y el sujeto a quien se le atribuyen los mismos (examen que se satisface mediante la **causalidad**); y (2) si a su vez normativamente puede decirse que hay una conexión jurídica que vincule resultado, conducta y ser humano (como partícipe o autor) (para lo cual se habrá de utilizar la **imputación objetiva**)

5.1.1.2 En cuanto a la determinación del nexo causal se considera que la teoría correcta es la equivalencia de las condiciones ajustada por el correctivo de la fórmula de la condición adecuada según las leyes de la naturaleza pero enunciada

de la siguiente manera: la causalidad es la afirmación de un vínculo material entre dos hechos, uno llamado acción y otro resultado, cuya comprobación (que es un tema ajeno a la teoría del delito y pertenece al derecho probatorio) se hace, en cada caso concreto, a partir de una específica ley de la ciencia que rija para explicar el respectivo fenómeno factual. Igualmente, en torno al concepto de causa se tiene que esta podría ser definida como todo hecho pretérito de carácter empírico-naturalista, que constituye la explicación de un resultado, por ser la condición necesaria de éste.

5.1.1.3 De esta manera, es evidente que ambos conceptos (causalidad e imputación objetiva) cumplen funciones diferentes y necesarias pues uno es el conector empírico de la realidad naturalística en la que se basa la acción y el resultado; y el otro es el conector normativo. El primero brinda la materia prima empírica que será analizada y valorada por la segunda para saber si le ha de pertenecer o no a una persona; para saber si, objetivamente (o mejor normativamente) puede serle finalmente atribuida. La segunda, en cambio valora lo que la primera describe. Así pues, desde este punto de vista, la imputación objetiva termina siendo un elemento jurídicamente valorativo y prescriptivo, mientras que la causalidad tan solo meramente descriptiva.

## **5.1.2 Significado, alcance y criterios de imputación objetiva:**

5.1.2.1 *Significado y criterios:* La imputación objetiva es un elemento del tipo penal objetivo (de la misma manera que lo son la causalidad, el objeto material, los sujetos, la acción, el resultado, etc.) que exige para su configuración dos niveles: la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (que podría llamarse imputación objetiva de primer nivel o imputación objetiva del comportamiento) y la realización del riesgo en el resultado (cuyo nombre podría ser el de imputación objetiva de segundo nivel o imputación objetiva del resultado).

5.1.2.2 *Su relación con el tipo penal:* A su vez el tipo penal objetivo sería una de las partes del “tipo penal” integrado por varios elementos entre los que se encontraría la “imputación objetiva” mientras que el juicio de tipicidad objetiva lo constituiría la operación mental a través de la cual se comparan los hechos investigados con los elementos del tipo penal objetivo para determinar si

existe o no adecuación, subsunción valorativa o equivalencia entre ellos. En caso afirmativo, la consecuencia de dicho juicio de adecuación sería la “tipicidad objetiva” del hecho; y en caso contrario, la “atipicidad objetiva” del mismo. Al respecto es posible evidenciar la existencia de tres juicios de tipicidad objetiva: (1) un juicio de subsunción lógico; (2) un juicio de imputación fáctica o del hecho empírico; y (3) un juicio de imputación objetiva, los cuales serán explicados más adelante.

5.1.2.3 *Alcance*: Desde esta óptica la imputación objetiva buscaría determinar dos cosas: (1) si están vinculadas jurídicamente la acción típica y el resultado típico; y (2) si la totalidad de esa actuación puede serle imputada a una persona como obra suya.

### **5.1.3 Los juicios de tipicidad objetiva son los siguientes:**

5.1.3.1 El **juicio de subsunción lógica** es aquel conforme el cual se selecciona de la realidad empírica, en concreto, los hechos cuyas características se adecúan a los sujetos activo y pasivo, la acción típica y el resultado típico, realizando para ello un simple ejercicio de exégesis o comparación entre las cualidades normativas que en abstracto han sido descritas en los distintos elementos objetivos del enunciado normativo de la parte especial del Código (verbo rector, elementos normativos, etc.) y la realidad empírica. Este primer paso es fundamental porque la realidad seleccionada es dual: empírica y normativa, y sobre cada uno de esos extremos vendrá a continuación un juicio posterior de valoración, razón por la cual a partir de este primer juicio es que se obtiene el objeto de valoración natural y jurídica. Como puede verse, la selección de la acción típica y del resultado típico no se hace en la causalidad ni en la imputación objetiva y por pensar lo contrario es que tantos desvaríos trajo consigo la construcción de esos dos escalones de análisis. No puede perderse de vista que con este juicio no se busca saber si el hecho ocurrido le pertenece empírica y normativamente al sujeto activo, sino tan solo seleccionar el material con el que en un análisis posterior (causalidad e imputación objetiva respectivamente) se determinará tal circunstancia. Es de aclarar que conforme la postura aquí esgrimida la causalidad y la imputación objetiva no hacen parte del juicio de subsunción porque aun cuando integran el tipo penal, la subsunción implica un ejercicio de encuadramiento, comparación

o adecuación, mientras que la causalidad y la imputación objetiva un ejercicio de relación o determinación de conexiones.

5.1.3.2 En lo atinente **al juicio de imputación fáctica o del hecho empírico**, una vez seleccionados el sujeto activo y pasivo, así como los hechos constitutivos de acción y resultados típicos se pasa a realizar un juicio de doble atribución:

- I. Atribución empírica de la conducta: mediante este subnivel se busca afirmar que el hecho pretérito configurativo de la acción típica fue generado por el sujeto activo.
- II. Causalidad: según se vio desde este subnivel se establece si el hecho pretérito configurativo de la acción típica constituye la explicación del hecho pretérito constitutivo del resultado, perteneciendo también este último, por lo tanto, al sujeto activo desde un punto de vista meramente empírico.

5.1.3.3 Finalmente, se lleva a cabo un **juicio de imputación objetiva** que consistiría en determinar cuándo la acción y los resultados típicos están conectados jurídicamente y a su vez me pertenecen en virtud de la adecuación de éstos a una serie de criterios normativos agrupados en dos grandes niveles: la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la realización de tal riesgo en el resultado, no olvidando que dicha imputación normativa aun cuando es necesaria para completar la tipicidad objetiva no constituye el reemplazo de la causalidad natural<sup>744</sup> pues tienen fines de atribución diversos e indispensables para satisfacer finalmente la responsabilidad penal. Hechos y normas conformando una misma cosa (el Delito) y no lo uno ni lo otro sino una nueva categoría que cabalga entre dos esferas: lo empírico y lo normativo.

**5.1.4 Fundamentos de la imputación objetiva. Mediante la presente tesis se concluyeron que los fundamentos para su existencia, configuración y ubicación en sede de tipicidad son los siguientes:**

---

744 Una posición contraria que aboga por una causalidad de tipo funcional puede verse en: LAMPE, E. La causalidad y su función jurídico-penal, en La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2003. p. 59-96.

5.1.4.1 *Fundamentos a partir del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*: si la función del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos el injusto jurídico-penal solamente podría ser edificado sobre la base de prohibir comportamientos que, de forma no permitida, lesionaran o pusieran en peligro efectivo dichos bienes jurídicos y cuyos resultados fuera la consecuencia o realización de dichos riesgos lesivos de los mismos.

En consecuencia, siguiendo una secuencia de tipo casi silogística podría sostenerse el *bien jurídico* como fundamento de la *imputación objetiva* de la siguiente manera:

1. El Derecho Penal tiene asignada la tarea de garantizar una vida pacífica y segura a las personas, así como su libertad individual.
2. Ahora bien, los componentes que posibilitan esa libertad y la vida pacífica y segura de las personas se denominan bienes jurídicos al constituirse en realidades objetivas cuyo valor se deriva de: primero el bienestar que genera al ser humano la permanencia de tales realidades y segundo la posibilidad de coexistencia con los demás a partir de las mismas, adquiriendo a su vez el carácter de “jurídicos” dichos bienes por la protección normativa que mediante derechos fundamentales, derechos humanos y disposiciones similares realizan las constituciones políticas y los contratos sociales originarios de cada Estado para evitar su anulación o lesión.
3. Sin embargo, el Derecho Penal no tiene como cometido o finalidad la protección de todo bien jurídico, sino únicamente los que revistan la mayor importancia (principio de fragmentariedad) y cuya protección por las demás ramas del ordenamiento jurídico haya fracasado (principio de última ratio), razón por la cual “*el Derecho Penal sirve para la protección subsidiaria de bienes jurídicos*”<sup>745</sup> (principio de intervención mínima o subsidiariedad).

---

745 ROXIN, Claus. Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania. En: Sistema del hecho punible/1. Acción e imputación objetiva. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2013. p. 419

4. Lo anterior implica que para la configuración de un sistema de responsabilidad penal se requieran como elementos constitutivos y necesarios del delito derivados del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos: primero la creación de situaciones riesgosas o peligrosas para ellos; segundo la caracterización de los riesgos como “prohibidos” o “desaprobados” porque al ser la protección a los bienes jurídicos “subsidiaria” se parte del hecho que las demás ramas del ordenamiento deben haber tejido normativamente las conductas permitidas e ilícitas, razón por la cual solamente se prohibiría “superar los límites del riesgo tolerado” o ejecutar una conducta cuyo riesgo nunca fue permitido; y tercero, si se criminaliza también el resultado y no únicamente la conducta causante, es necesario que dicho riesgo desaprobado sea el que se realice en el resultado prohibido.
  
5. En conclusión, “de la concepción que sostiene la protección de bienes jurídicos se deriva la teoría de la imputación objetiva”<sup>746</sup>.

5.1.4.2 *Fundamentos a partir del principio de culpabilidad*: Íntimamente vinculado con el principio de culpabilidad se encuentra la dignidad humana<sup>747</sup> que según Kant conlleva la atribución de responsabilidad de los actos a una persona cuando a ésta pueden serle imputados “como obra suya en cuanto ser racional”<sup>748</sup>, ya que de no ser así se correría con el riesgo de instrumentalizar al sujeto al no considerarlo un fin en sí mismo, sino tan solo un simple medio para la consecución de otros fines<sup>749</sup>. De esta manera, “la pena absoluta despliega su función, como se ha explicado, no en el mundo empírico, sino exclusivamente en el mundo inteligible, en el que participa la persona qua ser racional (homo noumenon)”<sup>750</sup>, por lo que en virtud de la dignidad humana y el principio de culpabilidad solamente la persona racional puede ser objeto del derecho penal y

---

746 Ibid., p. 421

747 Así, por ejemplo, BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal, Parte General, Op., cit. p. 168.

748 Ibid., p. 202.

749 “El imperativo práctico será, pues, como sigue: obra de tal manera que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin el mismo tiempo y nunca solamente como un medio.” KANT, Manuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. México: Editorial Porrúa, 2010., p. 49.

750 LESCH, Heiko Hartmut. El concepto de delito. Las ideas fundamentales de una revisión funcional. Madrid: Marcial Pons, 2016., p. 39.

sujeto de imputación, para lo cual y en garantía de ese respeto a su racionalidad el Derecho Penal tendrá que consagrar como criterios de atribución la creación de riesgos jurídicamente desaprobados que, prohibidos *ex ante*, puedan ser evitados, controlables y conocidos de tal forma que logren, al menos de manera potencial, motivar el cumplimiento de la norma penal.

5.1.4.3 *Fundamentos a partir del principio de legalidad*: Se pueden sustentar tres argumentos para la viabilidad de la imputación objetiva:

1. Partiendo de este principio en Colombia solamente puede ser concebida una conducta como delito si encaja con las características que previamente el legislador penal haya consagrado para su estructuración en el Código Penal. Así pues, y siguiendo dicha lógica, observamos que para la configuración del delito el artículo 9° *ibidem* establece las siguientes reglas: “Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.” En ese orden de ideas, se concluye que la *imputación objetiva* en Colombia hallaría igualmente un fuerte fundamento en el principio de legalidad por cuanto su materialización implicaría incorporar todas y cada uno de las exigencias que la ley penal establece para la edificación del juicio de responsabilidad, siendo una de ellas, acorde al artículo 9 citado, la comprobación de la “imputación jurídica del resultado” más allá de la simple causalidad naturalística<sup>751</sup>.
2. Más específicamente, el principio de legalidad le da fundamento a la exigencia de que la “creación del riesgo” sea “jurídicamente desaprobada”, porque al prohibirse la existencia de un delito que previamente no haya

---

751 En una perspectiva similar la doctrina colombiana dice que “el último elemento del tipo es la imputación jurídica del resultado al autor (art. 9 C.P.); no es posible atribuir la lesión de un bien jurídico a un sujeto, si entre el resultado y la conducta del mismo no existe una relación jurídica que permita cargar ese resultado como su obra. Precisamente a esa relación de atribución se denomina en la doctrina como ‘imputación objetiva’ y la ley penal ‘imputación jurídica del resultado.’” GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. Teoría del Delito. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2003. p. 229. Igualmente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha dicho que “no han sido pocas las providencias en las cuales la Sala se ha valido, con base en el inciso primero cuerpo segundo del artículo 9 del Código Penal (según el cual «[l]a causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado»), de los criterios de la teoría de la imputación objetiva para solucionar problemas en el orden jurídico colombiano.” [COLOMBIA.CSJ, sentencia no. AP1487-2014, 27 de marzo de 2014. M.P. Eugenio Fernández Carlier]

sido tipificado como tal, se está a su vez ordenando que los *requisitos* que configuran la conducta punible estén claros y determinados previamente por la ley. Y es que, en virtud de tal imperativo, el ciudadano o la persona en general debe tener la posibilidad de conocer y discriminar qué riesgos puede ejecutar y cuáles están prohibidos, y para ello el único mecanismo disponible hasta el momento es la plasmación de reglas a través de leyes. Justamente, gracias a dichas leyes cualquier individuo puede saber con certeza si lo que desea hacer u omitir está permitido, prohibido o es jurídicamente indiferente, facultándolo para actuar con base en ese conocimiento. Si no fuera así, y la imputación objetiva únicamente estableciera como requisito la “*creación de riesgos*” sin adicionar la calificación de “*jurídicamente desaprobados*” se estaría en presencia de una fórmula vacía y ambigua que el Juez podría, cual legislador *de facto*, llenar acorde los pálpitos de su corazón, generándose con tal posibilidad inseguridad jurídica y una flagrante violación del principio de legalidad que, según se dijo, impide situaciones como las descritas.

3. Igualmente, instituciones de la imputación objetiva tales como la “desaprobación general del riesgo”, “el riesgo permitido”, “el principio de confianza”, “la prohibición de regreso”, “el alcance del tipo penal”, etc., encuentran su razón de ser en un simple ejercicio de derivación lógica<sup>752</sup> a partir del requisito fundamental de “*creación de un riesgo*”

---

752 Se sigue en este punto la perspectiva de Jesús María SILVA SÁNCHEZ quien enseña que “*la aparición del sistema como elemento decisivo en el esquema de la argumentación dogmática obliga a distinguir diversos niveles, en los cuales ésta, naturalmente, debe adoptar una configuración sustancialmente diferente. (...) Así un primer nivel viene dado por la argumentación de la selección de premisas valorativas que sirven de fundamento al sistema (primera fase) y la argumentación de la construcción – y atribución de contenido – a partir de aquéllas, a las categorías básicas de dicho sistema. (...) Así mismo, incide aquí la discusión acerca de la distinción de una y otras categorías sistemáticas (distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, entre justificación y exculpación), así como sobre el concreto contenido asignado a tales categorías (por ejemplo, el contenido de la antijuridicidad o de la culpabilidad). El segundo nivel, todavía referido a la construcción del sistema, alude a la argumentación de la elaboración de conceptos y categorías de abstracción media: el dolo, el error, a la autoría y la participación, etc. Finalmente, en un tercer nivel podía ubicarse la argumentación en el seno de un sistema dogmática ya constituido, dirigida a fundamentar la adopción de soluciones en relación con conceptos y estructuras problemáticos, pero ya en el marco proporcionado por las categorías básicas y secundarias antes referidas.*” (Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, Op. cit. p. 270-271). En efecto, la derivación lógica de categorías macro ya consolidadas corresponde a la argumentación del segundo nivel y para lograr tal cometido se deben respetar las leyes básicas de la deducción: v.gr. Principio de identidad, no contradicción, tercero excluido, razón suficiente, etc. En cambio, la *fundamentación* de una categoría dogmática desde principios de política criminal correspondería a la argumentación del primer nivel que más que a la lógica obedece de cierta forma a una visión principalística y axiológica, atendiendo criterios de *razonabilidad* más que de *racionalidad*.

*jurídicamente desaprobado*". No ocurre lo mismo, sin embargo, con la exigencia de "lesividad del comportamiento" como categoría dogmática y elemento de esa "creación de un riesgo jurídicamente desaprobado" puesto que el fundamento de aquélla proviene, ya no del principio de legalidad, sino del de lesividad que se desarrolló en el capítulo II de la presente investigación.

5.1.4.4 *Combinación de principios para fundamentar el "segundo" escalón de la imputación objetiva; esto es, la realización del riesgo en el resultado.* es posible a partir de la conjunción íntima entre el principio de legalidad, el principio de culpabilidad y el derecho penal de acto. Con base en el último el Estado solamente puede convertir en delito las "conductas" ejecutadas por los seres humanos o controladas por éstos. Naturalmente, con base en la esencial facultad humana de proyectar y asignar consecuencias a los actos, normalmente las "acciones" desencadenan procesos causales que derivan en resultados de distinta índole. No obstante, el legislador, con base en el principio de legalidad tiene la obligación de especificar en cada tipo penal claramente si desea criminalizar o no también el resultado además del acto que lo generó. Es este el origen de los delitos de resultado (empírico) que se diferencia de los delitos de mera conducta por la inclusión de las "consecuencias" como elementos adicionales y necesarios para la consumación de la conducta punible. Pero, como en virtud del *principio de culpabilidad* sólo se puede responsabilizar a una persona por lo que es "suyo"<sup>753</sup>, no será suficiente con que parte de los hechos investigados se adecúen al elemento típico denominado "resultado", sino que adicionalmente ese "resultado" debe pertenecerle a su autor. Para ello, la causalidad buscará establecer como primer nivel una conexión empírica. Sin embargo, luego tendrá que entrar en escena una conexión jurídica y es así como a partir de la imputación objetiva es posible satisfacer este último

---

753 Se debe recordar que una garantía integrante del *principio de culpabilidad* es la "personalidad de las penas". Así lo establecen claramente, por ejemplo: MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, Parte General. Op., cit. p. 125; y HASSEMER, Winfried. ¿Alternativas al principio de culpabilidad? En: Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Bogotá: Editorial Temis, 1999. p. 53., aunque con la salvedad de que le otorga un nombre distinto al de MIR PUIG denominando dicha garantía como "imputación subjetiva"; esto es, como la exigencia de una persona solo se juzgue por lo que él hace o es suyo pues todo delito sólo puede ser entendido como el producto de un ser humano. El profesor LUZÓN PEÑA lo denomina también *principio de responsabilidad personal*, pero lo considera un principio independiente (aunque relacionado) con el principio de culpabilidad. Ver: Derecho Penal, Parte General, Op., cit. p. 96.

presupuesto derivado de los principios de legalidad, culpabilidad y derecho penal de acto mediante la inclusión (para los delitos de resultado) de un *segundo* elemento o requisito de imputación objetiva: *la realización del riesgo en el resultado*. Ya el resto de elementos que componen este último escalón de atribución jurídica (tales como la “evitabilidad del riesgo”) se obtienen dogmáticamente por derivación lógica.

## **5.2 Con relación a la ausencia de lesividad**

### **5.2.1 El principio de lesividad constituye un argumento para justificar que la imputación objetiva debe ser un elemento configurativo necesario y común para todo delito**

Al igual que el *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos* la *imputación objetiva* podría derivarse y encontrar su fundamento en el *principio de lesividad* puesto que a partir de éste se restringe el tenor literal de los tipos penales que, en una primera lectura, encontrarían un sentido mucho más amplio del que debieran tener, reduciendo teleológicamente su espectro únicamente a conductas y resultados que impliquen la creación de riesgos jurídicamente desaprobados y en consecuencia a lesiones o puestas en peligro efectivas de bienes tutelados por el legislador penal.

### **5.2.2 Del principio de lesividad es posible derivar la “creación de riesgos” como primer requisito de imputación objetiva del comportamiento.**

La *lesividad* bajo la modalidad de principio **exige** la ocurrencia de un “**daño**” para la tipificación de una conducta como delito y para la emisión de un juicio positivo de responsabilidad penal. Ese requisito

de “daño”<sup>754</sup> se satisface con la “lesión” de bienes jurídicos o con, al menos, la “puesta en peligro efectiva” de los mismos. Así pues, sólo serán punibles los comportamientos que de alguna manera “dañen” los mencionados bienes al igual que únicamente responsables las personas que produzcan o ejecuten tales hechos. Pero, ¿qué conductas, entonces, de todas las que suceden en el mundo, podrían encajar en la exigencia de “daño”? Solamente las conductas riesgosas, porque el “riesgo”<sup>755</sup> es la contingencia o proximidad un daño. Si un comportamiento o un evento cualquiera no es riesgoso carece entonces de la potencialidad necesaria para dañar y bajo las directrices del principio en comento no podría ser penalizado. En ese orden de ideas, a partir de la lesividad, es posible derivar lógicamente el concepto de *creación de riesgo* que incluye el primero de los elementos de la imputación objetiva.

Con base en lo expuesto ya tenemos fundamentados y construidos varios elementos de la imputación objetiva: (1) la necesaria *creación de un riesgo* para satisfacer la exigencia de daño y (2) la *cuantificación* de dicha “potencialidad de daño” o “riesgo” mediante la premisa de “lesión o puesta en peligro efectiva del bien jurídicamente tutelado” al impedir la criminalización de tres grupos de casos: a) los inocuos; b) los insignificantes o de bagatela; y c) los socialmente adecuados.

De esta manera, sintetizando lo expuesto hasta ahora, la expresión “*creación de un riesgo*” surgió como consecuencia del principio de

---

754 El daño es sin lugar a dudas el desmejoramiento de una realidad o situación cualquiera que un hecho ocasiona a una persona. Ahora bien, trayendo a colación el concepto de daño construido por el profesor Juan Carlos HENAO (que, si bien se hizo para el sistema de responsabilidad civil, nada impide su utilización como marco referencia o guía para el derecho penal) se tendría que: “*daño es toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil -imputación y fundamento del deber de reparar- se encuentran reunidos.*” Curiosamente, líneas más adelante enlaza dicho concepto de daño un el *accionar desaprobado* que, sin lugar a dudas, nos recuerda mucho el esquema de imputación penal que aquí se está explicando pues dice que su definición parte de considerar “*que el daño supone la lesión de un interés lícito o al menos no contrario a derecho*”. HENAO, Juan Carlos. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. En: Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia. [En línea]. n.º 2015, no.28, p. 277-366. DOI: 10.18601/01234366.n28.10.

755 Diccionario de la Real Academia Española. 23ª ed. Madrid: Editorial Espasa, 2014.

lesividad, pero el requisito completo de imputación objetiva conocido como “*creación de un riesgo jurídicamente desaprobado*” podrá emerger únicamente de la conjunción de dicho principio con el de legalidad, y a su vez se sabe que el “daño” tendrá que ser de bienes jurídicos y no de otra cosa (por ejemplo, expectativas normativas como cree JAKOBS) porque la *lesividad* también se conecta con el *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*. Por último, se exigirá para la imputación objetiva en los delitos de resultado (a diferencia de los de mera conducta) además de la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado* la *realización del riesgo en el resultado*, según se explicó en el acápite 2.1.3 del primer capítulo, en virtud de la regla de “personalidad de las penas”<sup>756</sup> derivada del *principio de culpabilidad* en concordancia con los principios de legalidad y derecho penal de acto.

### 5.2.3 Del principio de lesividad es posible deducir que la “imputación objetiva” es un requisito del juicio de tipicidad objetiva.

El Derecho Penal tiene como función fundamental la protección de bienes jurídicos y los protege precisamente de lesiones o situaciones efectivamente peligrosas que pueda dañarlos. Para hacerlo, preceptúa de forma clara y expresa las conductas que estarán prohibidas penalmente mediante una técnica legislativa consistente en la elaboración de *tipos penales*, donde se describe específicamente aquello que estará prohibido. Por ende, como a partir del principio de lesividad solamente las *conductas que generen daño* serán las que se prohíban y además únicamente, según se explicó, generan daño las conductas que constituyen una “*creación de riesgos*”, es más que evidente que la **ubicación** de la imputación objetiva tendrá que darse en el *tipo penal* pues es allí y sólo allí donde el legislador consigna los eventos que estarán prohibidos.

---

756 Siguiendo en este sentido a MIR PUIG se tiene que como garantía integrante del principio de culpabilidad se encuentra el principio de personalidad de las penas acorde al cual “se impide castigar a alguien por un hecho ajeno”. MIR PUIG, Santiago. Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena. En: MIR PUIG. Estado, Pena y Delito. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012. p. 202.

#### 5.2.4 “Lesividad” y “ausencia de lesividad” son elementos o categorías dogmáticas “positiva” y “negativa” de la imputación objetiva, respectivamente, como contenidos definitorios de la “creación de un riesgo jurídicamente desaprobado”.

En esencia, es posible enlazar los corolarios denominados subprincipios de peligro, lesividad y adecuación social en una sola categoría dogmática, antiguamente denominada como antijuridicidad material, pero que, para evitar confusiones dado el *desplazamiento* de la misma hasta el tipo penal objetivo, se llamará simplemente “*lesividad del comportamiento*”. Esta categoría dogmática o **requisito esencial** para la estructuración del primer nivel de imputación objetiva (es decir, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado) se satisface si y sólo si se producen cualquier de los siguientes eventos: (1) la lesión de un bien jurídico; o (2) la puesta en peligro *efectivo* de dicho bien.

De la misma forma, es posible deducir el *aspecto negativo* o las *causales excluyentes* de la “*lesividad del comportamiento*”, mediante la utilización de un recurso básico de la argumentación jurídica y consistente en la inferencia de ellas a partir del denominado *argumento a contrario sensu*, según el cual, dado un enunciado normativo que predica un supuesto de hecho y asigna una consecuencia jurídica a tal evento, es posible concluir “lo que se opone o es contrario al mismo, que por lógica no se comprende dentro de su significado.”<sup>757</sup> Así las cosas, no existirá lesividad cuando el comportamiento desplegado por el agente no lesione ni ponga en peligro efectivo el bien jurídicamente tutelado, y a su vez esa *ausencia de lesividad*, como contracara de su aspecto positivo, sea el producto de: (1) una actuación inocua o inidónea para lesionar el bien jurídicamente tutelado; (2) un comportamiento peligroso pero cuyo riesgo sea insignificante; o (3) se trate de una conducta socialmente adecuada.

### 5.2.5 Gracias a la demostración de la tesis conforme a la cual *toda ausencia de lesividad genera atipicidad objetiva del comportamiento por falta de imputación objetiva es posible concluir lo siguiente:*

1. Que se viabiliza la aplicación del “archivo de las diligencias” por estos eventos dado que la falta de lesividad se enmarcaría dentro del parámetro estricto de tipicidad objetiva que exigió la Corte Constitucional en sentencia C-1154 de 2005 para configurar dicha institución jurídica.
2. Que se soluciona el problema de la causal aplicable en torno a la preclusión, dado que de manera indubitable se optaría por la causal 4 del artículo 332, según la cual esta procede en los casos de “*atipicidad del hecho investigado*”; superándose así la dificultad que existe a la hora de emplear la preclusión en los casos carentes de lesividad por la tesis tradicional que defiende la calificación de estos hechos como típicos pero no materialmente antijurídicos, dado que en el Código de Procedimiento Penal no existe sobreseimiento por ausencia de antijuridicidad.
3. Se podría excluir definitivamente la aplicación del *principio de oportunidad* para casos socialmente adecuados, insignificantes o inofensivos por cuanto dicha figura aplicaría según los artículos 322 y 323 del CPP únicamente (y a diferencia de la preclusión) para aquellos autores y partícipes de “*hechos que revistan las características de una conducta punible*”, siendo una conducta punible acorde el artículo 9 del CP toda acción u omisión típica, antijurídica y culpable, faltando justamente la tipicidad cuando el comportamiento investigado carece de lesividad. En consecuencia, mientras que la *preclusión* aplicaría para casos en los que no existe un delito o es imposible su demostración, el *principio de oportunidad* sería aplicable para toda hipótesis fáctica en la cual sí haya existido una verdadera conducta punible. Por lo tanto, de cierta forma, la preclusión sería un derecho del procesado y una obligación de la Fiscalía General de la Nación si se toma en consideración el artículo 250 de la Constitución Política, mientras que el principio

de oportunidad, por el contrario, constituiría en esencia un regalo, un obsequio y en general nada más que una potestad del ente acusador aplicable según las directrices de política criminal que estén operando en un momento determinado.

4. A partir de lo expuesto, toda teoría del caso defensiva que pretendiera sustentar su tesis en cualquiera de las hipótesis de falta de lesividad tendría que invocar como razón jurídica para la solicitud de inocencia la *atipicidad del comportamiento* lo que le relevaría la carga de argumentar las restantes categorías del delito.
5. No procedería la captura en flagrancia ni la imposición de medida de aseguramiento y mucho menos los preacuerdos y los allanamientos a cargos por casos de bagatela, inofensivos y socialmente adecuados dado que ambas instituciones jurídico procesales son aplicables tan solo cuando existen delitos y queda claro, conforme esta tesis, que todas esas hipótesis son *atípicas* por ausencia de lesividad y falta de imputación objetiva del comportamiento.
6. En cuanto a la *teoría del error* tendría los siguientes efectos:
  - **Primero:** Cualquier desconocimiento sobre los hechos adecuables a la *lesividad del comportamiento* generará una ausencia de responsabilidad por error de tipo respecto al delito investigado en caso de que fuera invencible o aun siendo vencible no existiera modalidad culposa para el mismo. De esta manera, y a modo de ejemplo, si una persona hurtara un confite en un supermercado pensando que en efecto lo era porque tan solo quería comérselo, pero que resultó ser una preciada joya con forma de dulce de leche cuyo valor era tan grande que, si se hubiera perdido efectivamente, habría llevado a la desestabilización económica de la sucursal, no podría ser calificando simplemente como una *acción insignificante*. Sin embargo, dado que el sujeto activo pensó que en verdad se trataba de un simple chocolate podría predicarse un error de tipo, cuyo desconocimiento habría recaído sobre uno de los

hechos adecuables al juicio de imputación objetiva y consistente en la *lesividad del comportamiento*, razón por la cual su actuar habría sido *atípico subjetivamente* por falta de dolo.

- **Segundo:** Una de las formas de *error de prohibición indirecto* consiste en equivocarse acerca de los límites de una causal de ausencia de responsabilidad. Verbigracia el caso del acreedor que luego de perder por las vías legales su litigio, considera justificado tomar con violencia la cartera de su deudor. Otro ejemplo es el de quien desborda una legítima defensa por considerar que puede hacerlo. En ese orden de ideas, se tendría que si imagináramos un caso en el cual una persona de las que se formó desde niño en la ciudad de Cúcuta donde la venta ilegal de gasolina era completamente permitida (y, por ende, socialmente adecuada) hubiese decidido desplazarse hasta la ciudad de Bogotá a vender también gasolina de contrabando pensando, por su analfabetismo y bajo nivel cultural, además del contexto en que fue educado, que en toda Colombia ello estaba permitido, se tendría que concluir respecto al tipo penal de *favorecimiento del contrabando de hidrocarburos* un *error de prohibición indirecto*, porque se habría equivocado en los límites de la *adecuación social* como ausencia de responsabilidad constitutiva de la *ausencia de lesividad del comportamiento*. No puede perderse de vista que en casos como este, uno de los límites de la adecuación social es el “contexto espacial y regional” en el que se realiza la práctica tradicional y que, por ende, aunque la venta de hidrocarburos de contrabando efectuada en Cúcuta por los Pimpineros era tolerada por el Estado y aceptada por la sociedad, ello no implicaba que pudiera ser practicada en todas partes del país. Sin embargo, al no ser tales circunstancias conocidas por el protagonista de nuestra historia aun cuando no operase sobre él la atipicidad objetiva del comportamiento, sí sería posible aplicar la *ausencia de culpabilidad* por desconocimiento invencible de la ilicitud de su conducta. En otras palabras: gracias a la tesis aquí demostrada también es posible *aplicar el error de prohibición indirecto* cuando el sujeto activo se equivoca de forma invencible en los límites

trazados y existentes respecto a las distintas posibilidades de *ausencia de lesividad de la conducta*.

### **5.3 Con relación a las causales de justificación y el riesgo permitido**

#### **5.3.1 Se llegó a la conclusión que para la configuración de las causales de justificación dogmática y político-criminalmente NO se debe exigir la concurrencia de elementos subjetivos por cuanto su exigencia implicaría:**

5.3.1.1 La violación del principio constitucional de proporcionalidad dado que con el castigo realizado al salvador de bienes jurídicos no se estaría generando ningún beneficio a la sociedad sino tan solo causando severas lesiones a los derechos fundamentales de las personas destinatarias de las normas, además de que con ello se edificaría una peligrosa norma que *prohíbe salvar bienes jurídicos si no se tiene la intención de hacerlo o, al menos, el conocimiento de que lo que se hace y ello sin lugar a dudas no se compadece del principio de proporcionalidad en donde siempre habrá de buscarse la maximización de intereses*. Por lo tanto, como a partir de cada causal de justificación se logra maximizar un derecho fundamental, un bien jurídico o interés jurídico valioso sería ilógico que por *obtener* un bien con su actuar el sujeto, se causara un *mal* al autor del mismo tan solo porque no gustó su actitud interna.

5.3.1.2 La vulneración de los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, lesividad y acto. Desde esta perspectiva, es absolutamente claro que al buscar penalizar un acto *objetivamente justificado* con el cual se logró la prevalencia del derecho o la mejora en la situación de un bien jurídicamente tutelado, se estarían vulnerando los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y lesividad por cuanto se castigaría al sujeto con base únicamente en la *actitud*, si se quiere inmoral o perversa del autor, y no teniendo en cuenta la real protección de bienes jurídicos materializadas con la actuación del agente. Esto a su vez vulneraría el *principio del acto* por cuanto a diferencia del Derecho Penal de Autor, la regla básica de esta norma constitucional consiste en que *al sujeto se le debe castigar por lo que hace, no por lo que es, sus gustos, preferencias*

*o personalidad*. Sin embargo, al punir el comportamiento del sujeto que actuó en una situación de legítima defensa o estado de necesidad justificante, pero desconociendo que lo hacía, se estaría llevando a cabo una sanción penal por la mera personalidad perversa del autor, vulnerándose además la dignidad humana del sujeto si el argumento adicional para justificar el castigo fuese enviar un mensaje a la sociedad y según el cual al Estado no le gustan las personas malas e inmorales pues se instrumentalizaría al individuo al anular la posibilidad de ser considerado éste como un fin en sí mismo y nunca como un medio para la materialización de los fines del Estado.

5.3.1.3 La vulneración del principio de culpabilidad: En virtud del principio de culpabilidad y del acto cogitationis poenam nemo patitur; es decir, el pensamiento no delinque. Lastimosamente, una regla tan clara como esta, parecen olvidar los defensores de la criminalización de los actos objetivamente justificados, pero carentes del elemento subjetivo por ellos exigido, pues en últimas no se castigaría el sujeto por lo que hizo (dado que fue bueno) sino porque pensó que su actuación era malvada.

5.3.1.4 Dificultades dogmáticas que impiden tener como correcta la punición de actuaciones *objetivamente justificantes* pero carentes del elemento subjetivo exigido. A modo de ejemplo, debería penalizarse al partícipe que conoce la situación que hace procedente la justificante, tan solo porque el autor actúa sin la presencia del elemento subjetivo exigido para el reconocimiento de la eximente de responsabilidad

### 5.3.2 Se concluyó desde la estructura lógica de las normas lo siguiente:

5.3.2.1 Las *prohibiciones penales (normas primarias imperativas)* no constituían nada distinto que una **prohibición relativa**; se quiso decir con ello, que existían ámbitos de libertad no regulados por la prohibición o prescripción penal. Por lo tanto, cuando el intérprete se halla ante una causa de justificación lo que ocurre es que el *juicio de tipicidad* termina arrojando como resultado la atipicidad del hecho, pero no porque se presente una excepción, sino sencillamente porque **dicha conducta no estaría abarcada por el espectro formalmente penalizado por la ley**.

5.3.2.2 En consecuencia, lo que las *normas primarias imperativas* hacen es determinar dos cosas: (1) cuándo una conducta está prohibida y (2) cuándo un sujeto es responsable de su comisión. Las ausencias de responsabilidad en cambio lo que hacen establecer: (1) las hipótesis de conductas no prohibidas y (2) las hipótesis de sujetos no responsables.

5.3.2.3 Por ende, la antijuridicidad sería un elemento extraño y redundante en la configuración del delito al *viabilizar un nuevo juicio de prohibición conductual* ya superado por la *tipicidad*, al estudiarse la imputación objetiva del comportamiento, con base en la cual se plantearía la paradoja de que ante la presencia de una causal de justificación se terminaría permitiendo lo mismo que la norma penal ya había prohibido. Por el contrario, con un esquema bipartito del delito, justamente cuando se examina si el hecho está o no prohibido por el Derecho Penal, las causales de justificación entrarían a decidir dicha problemática de forma definitiva y no parcial, evitándose así, la violación del *principio lógico de no-contradicción* frente a las eximentes justificativas y un análisis *tautológico* o *redundante* respecto al estudio positivo de antijuridicidad.

### **5.3.3 El riesgo permitido es el macroconcepto opuesto (la otra cara de la moneda) del riesgo jurídicamente desaprobado como elemento necesario y positivo para la afirmación de la imputación objetiva. En consecuencia, la presencia de uno niega la existencia del otro.**

5.3.3.1 Este riesgo permitido lo hay de dos clases (según la clasificación aquí adoptada): a) *general* y b) *situacional*. Lo común a ambos riesgos es que se trata de conductas peligrosas que dañan bienes jurídicos o los ponen en peligro efectivo, encajan en la formal y objetiva descripción típica de la ley penal, pero se encuentran a su vez autorizadas en su ejecución, razón por la cual impiden la *creación del riesgo jurídicamente desaprobado* y en consecuencia la satisfacción del primer nivel de imputación objetiva.

5.3.3.2 Es posible definir el *riesgo permitido general* como aquella conducta peligrosa que es autorizada por el ordenamiento jurídico **independientemente del caso concreto** por cuanto la ponderación de *intereses* no se hace *lege ferenda*

sino *lege data*, mientras que el *riesgo permitido situacional* como su nombre lo indica, implica una ponderación de intereses en el caso concreto según la *situación y contexto* particular ocurrido. No obstante, y a diferencia de las causales exculpación, cuando se presenta un riesgo permitido situacional la conducta no es simplemente perdonada, sino que al cumplirse en el caso concreto con ciertos requisitos puntuales termina siendo autorizada por el ordenamiento jurídico y por ende su ocurrencia deviene en lícita y consecuentemente en atípica.

5.3.3.3 Los **riesgos permitidos generales** tienen como base las “*normas jurídicas*” y se diferencia de las *causales de justificación* en el hecho de que NO tiene en cuenta la situación concreta o particular del sujeto, sino que el legislador en una ponderación en abstracto, mediante la consagración de presupuestos meramente objetivos, establece que cierto grupo de conductas son en general permitidas. Aunque debe precisarse que el *riesgo permitido general* NO son las “normas jurídicas”, sino el comportamiento ajustado a ellas.

5.3.3.4 Los **riesgos permitidos situacionales** tienen como fuentes las siguientes:

1. *Las causales de justificación*: estas se diferencian del *riesgo permitido general* en que la concesión del mismo requiere de una ponderación en concreto de bienes jurídicos y de un examen de la situación particular en que se desarrolla el suceso consagrándose como requisitos para su concesión presupuestos objetivos que conllevan siempre una **ponderación concreta** de intereses contrapuestos.
2. *El principio de confianza*: se diferencia de las *causales de justificación* en el hecho de que mientras en ellas están permitidos tanto la acción como el resultado (por lo que no existiría ni desvalor de la acción ni desvalor del resultado) en el *principio de confianza* se exime de responsabilidad únicamente por la completa ausencia del *desvalor de la acción* dado que aun cuando el resultado no estaría permitido, esto es, la lesión a los bienes jurídicos, sí lo estaría el actuar de una determinada forma.
3. *La prohibición de regreso*: se diferencia del *riesgo permitido general* en el hecho de que aun cuando en principio existiría una *autorización*

*general* para actuar, NO era permitido que otra persona *desviara* hacia lo delictivo la conducta del primer actuante. Sin embargo, en virtud del principio de culpabilidad no podría atribuirse responsabilidad al primer ejecutor porque a este no le competiría tal desviación de la acción inicial, generándose así una aprobación de llevar a cabo conductas autorizadas por el orden jurídico aun cuando otra persona las desvíe hacia lo delincencial.

4. Las *acciones a propio riesgo* (ya sea como una autopuesta en peligro dolosa o como una heropuesta en peligro) dado que la impunidad del suicidio y su tentativa, impedirían considerar desaprobada la participación de una persona en una situación riesgosa para la víctima que ella misma ha decidido conscientemente realizar.
5. *Las normas de cuidado*: Es importante resaltar en este punto que el riesgo permitido situacional que tiene como fuentes las normas de cuidado, no es “identificable” con ellas, puesto que sólo lo es la conducta que se ajusta a las previsiones establecidas en ellas.

### **5.3.4 Argumentos por los cuales las causales de justificación son una modalidad de riesgo permitido:**

5.3.4.1 *Argumento lógico-normativo*: Mantener la posición que separa el *riesgo permitido* de las *causales de justificación* traen consigo las siguientes antinomias lógicas irresolubles:

1. Al llevar a cabo el *juicio de tipicidad objetiva*, utilizan como uno de sus criterios la verificación de que el sujeto haya creado con su actuar un riesgo jurídicamente desaprobado.
2. Ese riesgo jurídicamente desaprobado no es otra cosa que la comprobación de que el hecho o la conducta investigada se encuentre prohibida; esto es, que existe una *norma* que prohíbe “hacer” (delitos de acción) o “no hacer” (delitos de omisión) una cosa determinada.

3. Para la verificación, de ese nivel de imputación se tienen en cuenta múltiples criterios negativos de atribución que varían de un autor a otro entre los que podría destacarse el *riesgo permitido*.
4. Una vez superado el *juicio de tipicidad objetiva y subjetiva*, el analista pasa a realizar un *juicio de antijuridicidad*, buscando determinar si la conducta típica a su vez es contraria o no a Derecho; en otras palabras, si se encuentra prohibida realmente o permitida por una causal de justificación.
5. Ante la eventualidad de que concurra una causal de justificación, en virtud de este sistema tripartito, se está ante una verdadera antinomia por cuanto, gracias al juicio positivo de tipicidad objetiva, se habrá concluido que la conducta "X" del sujeto estaba PROHIBIDA (dado que creó un riesgo jurídicamente DESAPROBADO), pero que al tiempo estaba PERMITIDA por la concurrencia de dicha causal de justificación.
6. Lo anterior pone en evidencia que los sistemas tripartitos vulneran el principio lógico de contradicción y en consecuencia la consistencia de la teoría que proponen.
7. Sin embargo, también vulneran la coherencia cuando se trata de resolver lo atinente al error en los presupuestos objetivos de una causal de justificación por cuanto si lo consideran un error de tipo que afecta el dolo, olvidan estos teóricos del sistema que el dolo es el resultado del juicio positivo de tipicidad subjetiva que ya debiera estar sistemáticamente superado cuando se comienza a realizar el de antijuridicidad, trastocando el orden lógico mismo del sistema que tales doctrinantes proponen. Pero, también vulneran la coherencia aquellos que, para solventar este impase lógico, buscan ubicar dicha forma de error como una modalidad de error de prohibición dado que eso pervierte la esencia misma de esta última ausencia de responsabilidad y la estructura propia de la culpabilidad dado que: el error en los presupuestos objetivos de una causal de justificación NO es un error de valoración jurídica acerca de la prohibición de un hecho, sino un error acerca de la existencia misma de un hecho que de haberse dado habría eliminado la desaprobación jurídica del comportamiento.

Por el contrario, **con la sistemática aquí propuesta** ningún defecto de coherencia o consistencia se revela habida cuenta que:

1. Al incluirse las *causales de justificación* como modalidades de *riesgo permitido* se viabiliza en el estudio de la imputación objetiva (ubicada en sede de la tipicidad) la existencia o inexistencia de las mismas.
2. Esto posibilita, igualmente, la **eliminación de la antijuridicidad** y, por ende, también la eliminación de un análisis tautológico de contrariedad con el derecho que se realizaba en un estadio posterior al de la tipicidad, lográndose de esta manera convertir el juicio de tipicidad en un **juicio definitivo de prohibición o permisión** de la conducta.
3. Bajo esta perspectiva, **ninguna inconsistencia** se presentaría dado que precisamente cuando se esté verificando si la conducta se encuentra o no prohibida, la concurrencia de una causal de justificación conllevaría la *negación* de la tipicidad de la conducta al no haberse creado *un riesgo jurídicamente desaprobado*. Es decir, en el sistema propuesto no se afirma que la conducta está prohibida y permitida al mismo tiempo (como lo hace la doctrina tripartita, así sea implícitamente) ni tampoco que estaba prohibida, según un examen inicial, pero que luego se descubre que no era así y se decide entonces cambiar de idea (como ocurre con la doctrina de los elementos negativos del tipo penal), sino que, exactamente, cuando se verifica la efectiva existencia de una prohibición, ante la concurrencia de una justificante, se concluye (allí donde se debe estudiar ello) que el actuar desplegado por el sujeto en realidad estaba permitido y no prohibido.
4. Esto tampoco constituye una antinomia frente a la abstracta descripción que el legislador hace en la *parte especial* de los Códigos Penales, puesto que las causales de justificación desde esta visión, y aplicando para ello el **hexágono deontológico**, son *permisiones relativas*; es decir, autorizaciones o espacios de libertad que NO se tocan con las *prohibiciones relativas* de los delitos. En consecuencia, el estudio acerca de la ilicitud de un hecho toma como base las *descripciones* que el legislador hace en la parte especial de los códigos

penales y que podrían denominarse como **conductas relevantes**, mas no *necesariamente* prohibidas. La prohibición, es una conclusión a la cual llega el intérprete luego de agotar el juicio de tipicidad que implica la necesaria verificación de que el sujeto haya *creado un riesgo jurídicamente desaprobado*. Lo importante, entonces, de las **conductas relevantes** es que solamente estas pueden estar prohibidas, salvo que hagan parte del *conjunto* de conductas permitidas.

Entonces, si la *conducta no es ni siquiera relevante* carece de importancia para el derecho penal, pero esto se comprueba mediante el *juicio de subsunción lógico*. En cambio, si la conducta es relevante tendrá que pasar a realizarse un juicio de imputación objetiva en cuyo primer nivel se realiza el análisis de licitud de la conducta relevante, el cual resultará definitivo y nunca parcial como en los anteriores sistemas tripartitos e inclusive en la doctrina de los elementos negativos del tipo penal.

De esta manera, en el ejemplo propuesto *matar a otro* **será prohibido o desaprobado**, pero no ambas, dependiendo de si el sujeto creó o no un riesgo jurídicamente desaprobado.

5. En punto de la **coherencia** del sistema propuesto se soluciona la problemática del *error en los presupuestos objetivos de una causal de justificación* dado que al estar las justificantes **sistemáticamente ANTES** de realizar el estudio de *imputación subjetiva* el dolo ABARCARÍA las situaciones fácticas que convertirían en desaprobada o aprobada a nivel general la conducta por el sujeto desplegada. Por lo tanto, este tipo de error debe ser tratado como un *error de tipo* cuya vencibilidad conlleva el castigo del comportamiento bajo la modalidad culposa si la ley lo ha previsto como punible.

En cuanto al tema del *error en los presupuestos objetivos de una causal de exculpación* (como, por ejemplo, el estado de necesidad exculpante) ello es una problemática que atañe a la culpabilidad y no a esta investigación. Sin embargo, se puede considerar como correcta la postura de que el *error invencible acerca de los presupuestos objetivos de un estado de necesidad exculpante* es equiparable al *estado de necesidad exculpante* en sí mismo

y que por ende lo que faltaría es la *exigibilidad de conducta conforme a derecho* y no la conciencia de lo ilícito. Por lo tanto, cuando el error sea vencible habrán de aplicarse las reglas del *exceso* que aplicarían para la causal de exculpación ahora putativa.

6. Finalmente, **las causales de justificación son una modalidad de riesgo permitido**, bajo la sistemática de género y especie, porque aquellas no son nada distintos que *autorizaciones* o *conductas peligrosas permitidas* por el legislador y en consecuencia, su identificación con el *riesgo permitido* se hace inevitable, dado que si no fuera así se estaría vulnerando nuevamente el principio lógico de no-contradicción y por ende la *consistencia* del sistema al afirmar que la proposición normativa “*el comportamiento X no es una conducta permitida*” es al tiempo verdadera y falsa.

5.3.4.2 *Argumento constitucional*: El **principio de legalidad material** exige que la ley describa de manera completa, qué conductas se encuentran prohibidas por el Derecho Penal y cuáles no. Dicha función, la cumple el *tipo penal* o *injusto* (que como expresiones sinónimas aquí se adoptan). Esa exigencia, fue positivizada como *norma rectora* en el actual Código Penal al afirmar el art. 10 que “*la ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal.*” Por lo tanto, el tipo penal no solamente incluye las *conductas relevantes*, sino adicionalmente las conductas prohibidas.

Por lo tanto, gracias a la **certeza** que como característica de la ley penal derivada del principio de legalidad debe cumplir todo tipo penal se hará necesario **incluir en éste** como uno de sus elementos configurativos la *determinación* de los riesgos desaprobados que, naturalmente, decaerán ante la permisión que el mismo ordenamiento jurídico establezca.

Así pues, las causales de justificación como autorizaciones de conductas del legislador deben necesariamente pasar a convertirse en la **faz negativa de la tipicidad** y no de un estadio posterior porque es allí y no en otro lugar en donde se establece qué comportamientos se encuentran prohibidos y cuáles no.

5.3.4.3 *Argumentos dogmático-histórico*. La **tesis** propuesta es la siguiente: a partir de la **normativización** del tipo penal ocurrida por la aparición de la categoría dogmática de la imputación objetiva, la **antijuridicidad** se convirtió en elemento del delito innecesario y tautológico, dado que la existencia de lesividad y la concurrencia de justificantes habrán de realizarse en el momento en el que se verifique la *creación o no de riesgos jurídicamente desaprobados*.

De esta manera:

1. En la época de BELING la fuerte distinción entre *tipo* y *antijuridicidad* ocurrió por, al menos, dos razones fundamentales<sup>758</sup>: (1) una de tipo *metodológica* que siguiendo la influencia positivista buscaba *separar* el hecho externo y objetivo de la perspectiva valorativa que pudiera realizarse sobre este, para conseguir así una visualización ilustrativa o didáctica<sup>759</sup> del delito; y (2) una de tipo *material y funcional* que permitiera diferenciar la conducta que selecciona el legislador penal como delito, de la valoración de contrariedad que representa ese comportamiento con el resto del ordenamiento jurídico.
2. No obstante, la mayoría de los autores contemporáneos no describen la *tipicidad* ni el *tipo penal* como una categoría neutra, sino cargada de contenido valorativo poniéndose así en evidencia que ante la **normativización del tipo penal por medio de la imputación objetiva** la *antijuridicidad* perdió su razón de ser como categoría independiente del delito.
3. Las *causales de justificación* son una modalidad de *riesgo permitido* porque dogmáticamente:
  - Tanto en el *riesgo permitido* como en las *causales de justificación* se lleva a cabo una **ponderación de intereses**, aun cuando el tipo

---

758 Similar: WILENMANN, Javier. *Injusto, justificación e imputación*. En: PAWLIK, Michael, KINDHÄUSER, Urs & otros. *La antijuridicidad en el Derecho Penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2013, p. 118 y ss.

759 Ídem, p. 118

de ponderación sea distinta (como lo afirman ROXIN, JAKOBS y REYES ALVARADO, entre otros): *general* para el “riesgo permitido” y *particular* para las “causales de justificación”, puesto que eso lo único que deja evidenciar es que estas últimas serían una *modalidad* o *especie puntual* de riesgos permitidos y NO una institución jurídica diferente. Ello por cuanto la diferencia entre *general* y *particular*, *abstracto* y *concreto* no conduce a establecer barreras infranqueables entre uno y otro, sino una relación de *género* y *especie* entre las figuras normativas comentadas. De esta manera, **lo fundamental** es que en su *núcleo esencial* las conductas adecuables a dichas instituciones terminan siendo **lícitas, aprobadas y permitidas** trayendo consigo la misma consecuencia: eliminar la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado*.

- Históricamente poseen también ambas instituciones un punto de convergencia puesto que el *riesgo permitido* se fundamenta en la legitimación histórica la cual ha llevado a que sea entendido como un comportamiento socialmente aceptado, asimilándose en este punto con las *causales de justificación* dado que ellas, según el mismo ROXIN, son una regulación socialmente correcta o aceptada, por lo que en este punto de la argumentación una y otra terminarían también concurriendo.
- Las tradicionales hipótesis de *riesgo permitido* y las *causales de justificación* comparten otra característica adicional que los hace asimilables: uno y otro son conductas *peligrosas* para los bienes jurídicos; esto es, con el potencial para destruir situaciones valiosas jurídicamente protegidas por las Constitución Política de un determinado país
- La *aprobación* del comportamiento ajustado a ambas instituciones es de tipo *jurídico* y no simplemente moral o ético
- El *exceso* en el comportamiento del sujeto conlleva responsabilidad penal tanto en las hipótesis tradicionales del riesgo permitido (*incremento del riesgo*) como en las causales de justificación

- El *desconocimiento de los hechos* que harían viable el reconocimiento de una u otra eximente de responsabilidad afecta **por igual** el aspecto cognitivo del dolo, lo cual vendría a ser otro síntoma de que la ubicación de las causales de justificación debería ser trasladada al aspecto negativo de la tipicidad objetiva

#### **5.4 Con relación a la propuesta del esquema bipartito. Se concluyó mediante la presente investigación lo siguiente:**

Así las cosas, según la perspectiva que defiendo, es necesario **abandonar** de una vez por todas la tripartición del delito y simplificando las cosas (que se han complicado tanto en la dogmática jurídico-penal precisamente por esforzarse en mantener categorías y elementos que ya no cumplen ninguna función en el esquema de la conducta punible) dejar atrás la antigua categoría intermedia de antijuridicidad que existía entre la *tipicidad penal* y la *culpabilidad*, y hablar de un esquema bipartito. Esto se sostiene porque se considera que con la *imputación objetiva* **todas las funciones que cumplía la antijuridicidad ahora son cumplidas de una manera más lógica y sencilla por el tipo penal** utilizando para ello criterios positivos de atribución como lo es la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado* o la *lesividad* (que se equipararían respectivamente a los conceptos de antijuridicidad formal y antijuridicidad material) y criterios negativos de imputación (como *contracara de aquellos*) entre los que se tendrían el *riesgo permitido* y la *lesión insignificante de los bienes jurídicos*.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (Comp. & Trad.). La teoría del delito en la discusión actual. Tomo I. Lima: Editorial Jurídica Griley, 2016. 979 p.

AGUDELO, Nodier. Curso de derecho penal (Esquemas del Delito). s.l.: Ediciones Nuevo Foro, 2013.

ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias normativas. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2013.

ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_ Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2ª ed. 2012.

\_\_\_\_\_ Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

AMBOS, Kai y BÖHM, María Laura. Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania. Bogotá: Editorial Temis, 2012.

AMBOS, Kai. Bien jurídico y “harm principle” bases teóricas para determinar la “función global” del derecho penal internacional. Una segunda contribución para una teoría coherente del derecho penal internacional. En: Revista de derecho penal y criminología.

\_\_\_\_\_ Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible. En: Polít. Crim. [En línea]. 2008. no.5. p.1-26. Disponible en Internet: <[http://www.politicacriminal.cl/n\\_06/a\\_6\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_6_5.pdf)>.

\_\_\_\_\_ Observaciones a la doctrina francesa del hecho punible desde la perspectiva alemana. En: INDRET, Revisa para el Análisis del Derecho. [En línea]. 2008. Vol. 3. no.1-19 Disponible en Internet: < WWW.INDRET.COM >.

ARAQUE, Diego (Coordinador Académico). Estudios de Derecho Penal. Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla. Medellín: Sello Editorial de la Universidad de Medellín, 2015.

ARIAS EIBE, Manuel José, Tránsito del Teleologismo a la Metodología Ontologista: El Sistema Finalista del Delito. En: Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política. [En línea]. 2007, no. 5, p. 23-45. ISSN 1698-7950.

ARMAZA GALDÓS, Julio. El error de prohibición. En: Revista de Derecho y Ciencias Políticas, 1993. vol. 50.

ARROYO, Luis Alberto; NIETO, Adán y NEUMANN, Ulfried. Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. 2003. p.25-40.

AUDI, Robert (editor). Diccionario Akal de Filosofía. Madrid: Ediciones Akal S.A., 2004.

AUSTIN, Jhon. Cómo hacer cosas con palabras. [En línea], 1995. Disponible en Internet: < Edición electrónica de [www.philosophia.cl](http://www.philosophia.cl) / Escuela de Filosofía Universidad ARCIS.>.

BACIGALUPO, Enrique. La imputación objetiva. En: Revista del Colegio de . En: Revista de Derecho Penal Contemporáneo, Editorial Legis. Jul.-Sep, 2015. no. 52. Abogados Penalistas de Caldas, Manizales, Litografía Cafetera, s.a., 1992.

\_\_\_\_\_ Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999.

BARAJAS CONDE, Diego; PELÁEZ MEJÍA, José M. y SILVA REYES, Andrés. Significado, Alcance y Criterios de Imputación Objetiva. Estado de la cuestión doctrinal y jurisprudencial. Cúcuta: Editorial del Centro Seccional de Investigaciones de la Universidad Libre.

BARRUEZO, Rafael. Delitos de dominio y de infracción de deber. Buenos Aires: Editorial B de F, 2016.

BAUCE, Gerardo. El problema de investigación. En: Revista de la Facultad de Medicina, 2007. vol. 30. no. 2. p. 115-118.

BECHARA LLANOS, Abraham. Nuevos sujetos de especial protección constitucional: defensa desde la teoría principialista de los derechos fundamentales. Justicia. Universidad Simón Bolívar [En línea]. 2016, no. 29, p. 28-44.

BELING, Ernst Von. Esquema de Derecho Penal. La doctrina del Delito-Tipo. Buenos Aires: Librería el Foro, 2002.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, Et al. Curso de Derecho Penal Parte General. Barcelona: Ediciones Experiencia S.L., 2004.

BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. Derecho Penal Comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental. 1ª ed. Barcelona: Atelier, Libros Jurídicos, Colección Justicia Penal, 2011. 260 p.

BERNAL, Carlos. El derecho de los derechos. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. 417 p.

\_\_\_\_\_ El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. 397 p.

BERNATE OCHOA, Francisco. El sistema penal del Common Law. Puntos de contacto y perspectivas para la legislación colombiana. 1ª ed. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2014.

BLAS ZULETA, Luis. Notas sobre el derecho penal soviético. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Publicación Nacional de Estudios Jurídicos. no. 596.

BOBBIO, Norbert. Teoría General del Derecho. Bogotá: Editorial Temis, 2007.

\_\_\_\_\_. Derecho y Lógica. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2009.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España. En: Cuadernos de política criminal. 1997. no. 63. p. 595-652.

BOTERO BERNAL, José Fernando. ¿Algo más que decir sobre el error de prohibición en la normativa penal colombiana? [En línea], s.a. Disponible en Internet: <[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20130808\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130808_02.pdf)>.

BOTERO, Andrés. Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica. En: Revista de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad del Norte. [En línea]. 2004. no. 21. p. 163-199. Disponible en Internet: <<http://www.redalyc.org/articulo>>.

BUNGE, Mario. La investigación científica. Su estrategia y su filosofía. Barcelona: Editorial Ariel, 1987. p. 189.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Lecciones de derecho penal. Parte General. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

\_\_\_\_\_. Derecho Penal, Tomo I, Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del Delito y el sujeto responsable. 2ª ed. Bogotá: editorial Leyer, 2008. p. 468.

\_\_\_\_\_. Derecho Penal. Tomo I. Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del Delito y el Sujeto Responsable. Bogotá: Editorial Leyer, 2008.

\_\_\_\_\_. Imputación objetiva. Cuestiones metodológicas y sistemáticas. En: Bustos /Larrauri. La imputación objetiva. Bogotá: Temis, 1998.

CÁCERES NIETO, Enrique. Lenguaje y derecho. Las normas jurídicas como sistemas de enunciados. México: UNAM, 2000.

CALSAMIGLIA, Albert. Introducción a la ciencia jurídica. Barcelona: Editorial Ariel Derecho, 1990. 150 p.

CANCIO MELIÁ, Manuel, La teoría de la adecuación social en Welzel. En: ADPCP. [En línea] Fasc. II, 1993. p. 169-202. Disponible en Internet: <<http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/1.2.1manuelcancio.pdf>>.

\_\_\_\_\_. Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva. Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001.

CARBONELL, Juan Carlos. La justificación penal, fundamento, naturaleza y fuentes. Madrid: Edersa, 1982.

CARRIÓ, Genaro R. Notas sobre Derecho y Lenguaje. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011. p. 19 y ss.

CHIESA APONTE, Ernesto. Comentarios al código penal modelo para los EE.UU. Diferencias y semejanzas con la legislación colombiana. 1ª ed. Bogotá: Editorial Jurídica Futuro, 1993.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S. Derecho Penal, Parte General. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 1999.

COHEN, Jerome Alan. China's Criminal Codes. En: Journal of Criminal Law and Criminology. [En línea]. 1982, vol. 73, no. 2, p. 135-137. Disponible en Internet: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc>>

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-829/14, 05 de noviembre de 2014. M.P.: Martha Victoria Sáchica Méndez.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 153 de 1887 (15 de agosto). Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887, Diario Oficial. 7151 y 7152. Bogotá, 1887.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 169 de 1889 (31 de diciembre). Sobre reformas judiciales. Diario Oficial. 10235. Bogotá, 1889.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-115 de 2008, 13 de febrero de 2008. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no. C-077 de 2006, 08 de febrero de 2006. M.P.: Jaime Araujo Rentería.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no. C- 179 de 2016, 13 de abril de 2016. M.P.: Luis Guerrero Pérez.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no. C- 239 de 1997, 20 de mayo de 1997. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no. C- 368 de 2014, 11 de junio de 2014. M.P.: Alberto Rojas Ríos.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no. C- 616 de 2002, 06 de agosto de 2002. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no. C- 742 de 2012, 26 de septiembre de 2012. M.P.: María Victoria Calle Correa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no. C- 820 de 2005, 09 de agosto de 2005. M.P.: Clara Inés Varas Hernández.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no. C- 928 de 2005, 06 de septiembre de 2005. M.P.: Jaime Araujo Rentería.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no. C- 939 de 2002, 31 de octubre de 2002. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no. C-173 de 2001, 14 de febrero de 2001. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no. C-191 de 2017, 29 de marzo de 017. M.P.: María Victoria Calle Correa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no. C-239 de 2014, 09 de abril de 2014.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no. C-239 de 2014, 09 de abril de 2014.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no. 015 de 2014, 23 de enero de 2014. M.P.: Mauricio González Cuervo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no. C-365 de 2012, 16 de mayo de 2012. M.P.: Jorge Ognacio Pretelt Chaljub.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no. SU 132 de 2013, 13 de marzo de 2013. M.P.: Alexei Julio Estreda.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no.C-065 de 1997, 11 de febrero de 1997. M.P.: Jorge Arango Mejía y Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no.C-115 de 2008, 28 de junio de 2012. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia no.C-205-03, 11 de marzo de 2003. M.P.: Clara Inés Varas Hernández.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no.C-491 de 2012, 28 de junio de 2012. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. CSJ, sentencia SP 9235-2014.

COLOMBIA. CSJ. SCP, Sentencia 31362, 13 de mayo del 2009. Salvamento de voto del Doctor Sigifredo Espinosa Pérez. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

COLOMBIA. CSJ. SCP, sentencia, no. 21241, 24 de noviembre de 2004. M.P.: Mauro Solarte Portilla. En: Revista Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá: No. 397, (enero de 2005).

COLOMBIA. CSJ. SCP, sentencia, no. 23157, 230 de mayo de 2007. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

COLOMBIA. CSJ. SCP, sentencia, no. 24557, 17 de octubre de 2007. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

COLOMBIA. CSJ. SCP, sentencia, no. 27388, 08 de noviembre de 2007. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

COLOMBIA. CSJ. SCP. sentencia 12742, 04 de abril de 2003. M.P.: Álvaro Pérez Pinzón. En: Revista Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá: No. 378, (junio de 2003); p. 1927.

COLOMBIA. CSJ. SCP. Sentencia 16636, 20 de mayo de 2003. M.P.: Álvaro Pérez Pinzón.

COLOMBIA. CSJ. SCP. Sentencia no. SP11726-2014, 03 de septiembre del 2014. M.P.: José Leonidas Bustos Martínez.

COLOMBIA. CSJ. SCP. Sentencia no. SP15519-2014 (Rad. 42617), 12 de noviembre de 2014. M.P.: Gustavo Enrique Malo Fernández.

COLOMBIA. CSJ. SCP. Sentencia no. SP9916-2017 (Rad. 44997), 11 de julio del 2017. M.P.: Patricia Salazar Cuéllar.

COLOMBIA.CSJ, sentencia no. AP1487-2014, 27 de marzo de 2014. M.P. Eugenio Fernández Carlier.

COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia 21064, 15 de septiembre del 2004. M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez. En: Revista Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá: No. 396, (diciembre de 2004); p. 1927.

COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia AP801-2014(rad. 43184), 26 de febrero de 2014. M.P.: Gustavo Enrique Malo Fernández.

COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia no. 18609, 08 de mayo de 2005. M.P.: Herman Galán Castellanos.

COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia no. 23609, 01 de febrero de 2007. M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez.

COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia no. 24612, 26 de abril de 2006. M.P.: Jorge Luis Quintero Milanés.

COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia no. 28195, 08 de octubre de 2008. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia no. 31362, 13 de mayo de 2009. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia no. 31531, 08 de julio de 2009. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia no. 35978, 17 de agosto de 2011. M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero.

COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia SP15490-2017 (rad. 47862), 27 de septiembre del 2017. M.P.: José Luis Barceló Camacho.

COPI, Irving. y COHEN, Carl. Introducción a la Lógica. México: Limusa, 2013. 807 p.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008.

CREUS, Carlos. Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.

CUELLO, Joaquín y SERRANO, José Luis (Trad.) Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004. p. 106 y ss.

DAMMER, Harry R. y FAIRCHILD, Erika. Comparative Criminal Justice Systems. 2ª ed. Estados Unidos: Wadsworth Thomson Learning. s.a.

Diccionario de la Real Academia Española. 23ª ed. Madrid: Editorial Espasa, 2014.

Diccionario panhispánico del español jurídico, Volumen II. Madrid: Editorial Santillana y Real Academia Española de la Lengua, 2017.

DONNA, Edgardo Alberto. Derecho Penal, Parte General. Tomo III. Teoría general del delito – II. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2014.

DRESSLER, Joshua y GARVEY, Stephen P. Cases and materials on Criminal Law. Estados Unidos: Editorial West Thompson Reuters Business, 2007.

DUBBER, Markus. Comparative Criminal Law. Toronto: Oxford HandBook of Comparative Law, 2006. 33 p.

DWORKIN, R. Justicia para Erizos. México: Fondo de Cultura Económico, 2014. .

EL ESPECTADOR. Hombre que robó cubo de caldo podría pagar hasta 6 años de cárcel. [En línea], 2012. Disponible en Internet: <<https://www.elespectador.com/noticias/nacional/hombre-robo-cubo-de-caldo-podria-pagar-hasta-6-anos-de-articulo-353160>>.

MIR PUIG, Santiago. Estado, pena y delito. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012.

ESER, A. y BURKHARDT, B. Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias. Madrid: Editorial COLEX, 1995. p. 121.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (Editor). Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias. España: Civitas y Thomson Reuters, 2012.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Concepto y límites del Derecho Penal. 1ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 2014.

\_\_\_\_\_ Derecho Penal Fundamental 1. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2007.

\_\_\_\_\_ Derecho Penal Parte General, Principios y Categorías Dogmáticas. 1ª ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2011.

\_\_\_\_\_ Derecho Penal, Parte General. Teoría del Delito y de la Pena. Vol 1. El delito. Visión positiva y negativa. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2012.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. Bien jurídico y sistema del delito. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

FERRAJOLI Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del Derecho. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2013. 954 p. ISBN. 978-84-9879-669-8.

\_\_\_\_\_ Derecho y Razón. Madrid: Editorial Trotta, 2014. p. 488.

FERRATER, J. Diccionario de filosofía. Tomo IV. España: Q/Z. Ariel, 2012. p. 3766.

FERRER MURILLO, Jhon Mario. Interpretación y argumentación jurídica. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2013.

FINGERMANN, Gregorio. Lógica y teoría del conocimiento. Argentina: Editorial el Ateneo, 1981.

FLETCHER, Georg. Gramática del Derecho Penal. 1ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

\_\_\_\_\_ Conceptos básicos de Derecho Penal. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, s.a. p. 195 y ss.

FRISCH, Wolfgang. Comportamiento típico e imputación del resultado. Madrid: Marcial Pons, 2004.

FRISTER, Helmut. Derecho Penal, Parte General. 1ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

CARBONELL, Miguel y GARCÍA J., Leonardo (Eds.) El canon neoconstitucional. En: Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2010, p. 311-36.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. México: Porrúa, 1978.

GARCÍA VALDÉS, Carlos, Et al. (coordinadores). Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo II. Madrid: Edisofer S.L. Libros Jurídicos, 2008. 2462 p.

GARRIDO MONTT, M. Derecho penal parte general. Tomo II. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003. p. 69.

GARRIDO, Vicente. Perfiles criminales. Un recorrido por el lado oscuro del ser humano. Barcelona: Ariel, 2012.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Cuestiones probatorias. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Presentación. En: HEFENDEHL, Roland. La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

GIMBERNAT, Enrique. ¿Qué es la imputación objetiva? En: Estudios penales y criminológicos, 1985-1986. no. 10. p. 167-186. ISSN 1137-7550.

\_\_\_\_\_ Estudios de Derecho Penal. 2ª ed. Madrid: Editorial Civita, 1981.

GLENN, Patrick. Legal Traditions of the World. New York por Oxford University Press. s.a.

GÓMEZ DÁVILA, Nicolás. Escolios a un texto implícito. Selección. Bogotá: Villegas Editores, 2002.

GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. Teoría del Delito. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2003.

\_\_\_\_\_ Tratado de Derecho Penal, Parte General. Tomo III. La Tipicidad. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2005.

\_\_\_\_\_ Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2001.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coordinador). Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación. s.l. Universidad Externado: 2007.

GONZÁLEZ MONGUÍ, Pablo Elías. Argumentación, lógica y hermenéutica jurídica contemporánea. Bogotá: Universidad Libre de Bogotá, Facultad de Filosofía, 2011.

GRAN ENCICLOPEDIA ESPASA, Tomo 14, Dossier, Guillermo de Ockham. Bogotá: Editorial Espasa Calpe, 2005. p. 8614.

GRANT, James. The Responsible Mind in South African Criminal Law. PhD Thesis. Johannesburg: Law School of the University of the Witwatersrand, 2011. 293 p.

GREEN, León. Are There Dependable Tules of Causation. Faculty Scholarship Series, 1929. Paper 4455.

HASSEMER, Winfried. ¿Alternativas al principio de culpabilidad? En: Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Bogotá: Editorial Temis, 1999.

HEFENDEHL, Roland. La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

\_\_\_\_\_ La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2016.

HEGEL, Guillermo Federico. Filosofía del derecho. s.l.: Editorial Claridad, 1968.

HENAO, Juan Carlos. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. En: Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia. [En línea]. n.º 2015, no.28, p. 277-3.

HENDLER, Edmundo S. Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

HENDLER, Edmundo S. y GULLCO, Hernán V. Casos de derecho penal comparado. 2ª ed. Buenos aires: Editores del Puerto, 2003.

HILGENDORF, Eric y VALERIUS, Brian. Derecho Penal Parte General. Buenos Aires: Editorial: Ad – hoc, 2017. 349 p.

HILGENDORF, Eric. Relación de causalidad e imputación objetiva a través del ejemplo de la responsabilidad penal por el producto. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo 55, 2002. p. 91-108. ISSN 0210-3001.

HIRCH, Hans Joachim. Derecho Penal. Obras completas. Tomo IV. La doctrina de los elementos negativos del tipo penal. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005.

\_\_\_\_\_ Acerca de la teoría de la imputación objetiva. En: Derecho Penal. Obras Completas. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005.

\_\_\_\_\_ Derecho penal. Obras completas. Tomo III. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2007.

HONIG, R. Causalidad e imputación objetiva. Citado en Sancinetti, M. A. (coord.) Causalidad, riesgo e imputación. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2009.

HRUSCHKA, Joachim. Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008.

\_\_\_\_\_ La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf. En: HRUSCHKA, J. Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación. Buenos Aires: Editorial B de F, 2009. 290 p.

HUME, D. Tratado de la naturaleza humana. México: Editorial Porrúa, 2005. .

HURTADO, José. A propósito de la interpretación de la ley penal. En: Revista Nuevo Foro Penal, Editorial Temis, 1992, no. 57.

HUSAK, Douglas. Sobrecriminalización. Los límites del Derecho Penal. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2013.

JAKOBS, Günther, Estudios de Derecho Penal. Madrid: editoriales UNAM y CIVITAS, S.A., 1997.

JAKOBS, Günther. Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Trad.). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. 1995.

\_\_\_\_\_ Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1997.

\_\_\_\_\_ El principio de culpabilidad. En: Estudios de Derecho Penal. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_ Imputación objetiva en el derecho penal. 1ª ra. Ed. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1997. 127 p.

\_\_\_\_\_ La Imputación Objetiva en Derecho Penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1994. 130 p.

JAMES, Philip. Introducción al derecho inglés. Bogotá: Editorial Temis, 1996.

JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal, Parte General. 5ª ed. Granada: Editorial Comares, 2014.

JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Vol. primero. MIR PUIG, Santiago y MUÑOZ, Francisco (Trad.). Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1981.

\_\_\_\_\_. Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2003. no. 05-01, p. 01:1-01:19.

JÜRGER WOLTER, et al. Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito. En: El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal. 2004.

KALINOWSKI, George. Introducción a la lógica jurídica. Elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica. Buenos Aires: Eudeba, 1973. 196 p. KAUFMANN, Armin. ¿Atribución objetiva en el delito doloso? En: Anuario de derecho penal y ciencias penales. Tomo 38, Fasc/Mes 3, 1985. p. 807-827. ISSN 0210-3001.

KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho. México: Ediciones Coyoacán, 2008.

KRAUSE MUÑOZ, M. S. La relación de causalidad ¿Questio Facti o Questio Iuris?. En: Revista de Derecho. Diciembre, 2014. Vol. 27. no 2. 81-103 p.

LA OPINIÓN. Desaparecen poco a poco los ‘pimpineros’ de Cúcuta. [En línea], 2017. Disponible en Internet: < <https://www.laopinion.com.co/cucuta/desaparecen-poco-poco-los-pimpineros-de-cucuta-127829#OP>>.

LAMPE, E. La causalidad y su función jurídico-penal, en La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2003.

LASCANO, Carlos Julio. Derecho Penal Parte General. Libro de estudio. Córdoba: Advocatus, 2005.

LISZT, Franz Von. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. 3ra. Ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, s.a.

LÓPEZ MORALES, Jairo. Antecedentes del nuevo Código Penal. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2000.

LÓPEZ, Claudia. Introducción a la imputación objetiva. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996. 193 p.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel y MIR PUIG, Santiago (Coordinadores): Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal. Navarra: Editorial Aranzadi, 1995.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires: Editorial B de F, 2016. p. 279.

\_\_\_\_\_. Lecciones de Derecho Penal, Parte General. 2ª ed. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2013.

MARTÍNEZ ZORILLA, David. Metodología jurídica y argumentación. Madrid: Marcial Pons, 2010. 289 p.

MARTÍNEZ, Margarita. La imputación objetiva del resultado. Madrid: Edersa, 1992. p. 108.

\_\_\_\_\_; MARTÍN, María y MARISCAL DE GANTE, Margarita. Derecho penal. Introducción jurídica del delito. Madrid, 2012.

MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962.

MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994.

MAYER, Max Ernst. Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007.

MEDINA, L. Como plantear un problema de investigación y seleccionar un diseño de estudio apropiado. En: Archivos en Medicina Familiar. Julio-septiembre, 2007. vol. 9. no. 3. p. 127-132.

MELERO, F. Javier. Codificación e interpretación judicial en el Derecho penal (Introducción al estudio del derecho sustantivo angloamericano) (1) (2). En: Anuario de derecho penal y ciencias penales. Febrero, 1994. T. 47.

MEZGER, Edmund. Derecho Penal – Parte General. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.

\_\_\_\_\_Derecho penal. Parte general. Buenos Aires: Valleta, 2004.

\_\_\_\_\_Tratado de Derecho Penal, Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

MILLARD, Éric. Teoría general del derecho. 1ª ed. Bogotá: Ediciones Externado de Colombia, 2016. p. 13.

MIR PUIG, S. Derecho Penal, Parte General, Barcelona: Editorial Reppertor, 2011. p. 260.

\_\_\_\_\_Estado, pena y delito. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012.

\_\_\_\_\_Límites del normativismo penal, en Derecho Penal del Siglo XX. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid: Escuela Judicial, 2007.

\_\_\_\_\_Introducción a las bases del derecho penal. Montevideo: B de F s.a.

\_\_\_\_\_Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal. En: MIR PUIG, Santiago. Estado, pena y delito. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012. .

MODEL PENAL CODE – Miscellaneous. Sección 2.02 General Requeriments of Culpability. .

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, Antijuridicidad penal y sistema de delito, J. M. Bosch, Barcelona, 2001.

\_\_\_\_\_Antijuridicidad penal y sistema del delito. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal, Parte General. México: Editorial Tirant Lo Blanch, 2012.

\_\_\_\_\_Protección de los derechos fundamentales en el código Penal. En: Revista Derecho y Cambio Social. Rev. 022.

NINO, Carlos Santiago. Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980. 505 p.

NUÑEZ, Ricardo. Manual de Derecho Penal, Parte General. Argentina: Marcos Lerner Editora Córdoba, 1999.

OTTO, Harro Diagnosis causal e imputación del resultado en el Derecho Penal, en La prohibición de regreso en el derecho penal. En: Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 65-92.

\_\_\_\_\_Manual de Derecho Penal. Teoría general del Derecho Penal. Barcelona: Atelier, 2017.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas). Madrid: Dentro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, 1995.

PEÑA GONZÁLEZ, Oscar y ALMANZA ALTAMIRANO, Frank. Teoría del Delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso. Perú: APECC, 2010.

PINO, G. Principios, ponderación, y la separación entre Derecho y moral. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho [en línea]. 2011, vol. 34. ISSN: 0214-8676, p. 201-228.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. Sobre el “vaciamiento” de la antijuridicidad. En: Estudios penales a partir de la libertad y solidaridad. Bogotá: Editorial Externado, 2009

PUPPE, I. La imputación del resultado en Derecho Penal. Perú: Ara Editores, 2003.

PUTNAM, H. El desplome de la dicotomía hecho/valor. Barcelona: Paidós, 2004.

QUINTANA, Alberto. Planteamiento del problema de investigación: errores de la lectura superficial de libros de texto de metodología. En: Revista IIPSE. 2008. vol. 11. No. 1. p.239-253.

RAELE, Giovanni y ANTÍSERI, Dario. Historia de la Filosofía. Tomo II, Patrística y Escolástica. Bogotá: Universidad Pedagógica Nacional y Editorial San Pablo, 2011.

RAMÍREZ, Juan. Imputación objetiva (Cuestiones metodológicas y sistemáticas). Bogotá: Editorial Temis, 1998.

REYES ALVARADO, Yesid. El archivo de la investigación por atipicidad objetiva. En: Revista Derecho Penal. Oct- dic, 2014. no.49. p. 5-36.

\_\_\_\_\_ El delito de tentativa. Buenos Aires: Editorial B de F, 2016.

\_\_\_\_\_ La imputación objetiva. Bogotá: Editorial Temis, 1996.

\_\_\_\_\_ Su Filosofía del Derecho. En: REYES, Y. Imputación objetiva. Editorial Temis, Bogotá, 1996.

RICOEUR, Paul. Lo Justo. 1ª ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995.

RIGHI, Esteban. Derecho Penal, Parte General. Argentina: Abeledo - Perrot, 2013.

ROBINSON, Paul. Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis. En: Columbia Law Review. [En línea] 1982, vol. 82.N no. 2, p. 199-291.

ROBLES. Gregorio. Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho. Volumen I. 6ª ed. Pamplona: Civitas y Thomson Reuters, 2015. 960 p.

ROJAS, Luis Emilio. Lo subjetivo en el en el juicio de imputación objetiva: ¿Aporía teórica? En: Revista de Derecho. Julio, 2010. vol. 23. no. 1.

ROXIN, Claus, et al. Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario de la Universitat Pompeu Fabra). Madrid: Editorial Civitas, 2000.

\_\_\_\_\_Causalidad e Imputación Objetiva. En: ROXIN, C. Estudios de Derecho Penal. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

\_\_\_\_\_Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_Derecho Penal, Parte General. Tomo II. Especiales Formas de Aparición del delito. Madrid: Editorial Civitas, 2014.

\_\_\_\_\_El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2013, no. 15-01, p. 01:1-01:27. ISSN 1695-0194.

\_\_\_\_\_El principio de protección de bienes jurídicos y su significado para la teoría del injusto. En: Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania. Bogotá: Editorial Temis, 2012.

\_\_\_\_\_La imputación objetiva en el Derecho Penal. Perú: Editorial Griley, 2013.

\_\_\_\_\_Política criminal y sistema del Derecho Penal. 2ª ed. MUÑOZ, Francisco (Trad.). Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2002. p. 75. ROXIN. Derecho Penal, Parte General. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Et al. (Trad.). Madrid: Editorial Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_Política criminal y sistema del derecho penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

\_\_\_\_\_Problemas de la imputación objetiva. En: ROXIN, Claus. Sistema del hecho punible 2. Ilícito y justificación. Buenos Aires: Hammurabi José Luis Depalma Editor, 2015.

\_\_\_\_\_. Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Buenos Aires: DEPALMA, 1979.

RUDOLPHI, H.J. Causalidad e imputación objetiva. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

RUEDA, María Ángeles. La Teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. Barcelona: Editorial Bosch, 2002.

RUSCONI, Maximiliano. Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2016.

RUSSELL, Bertrand. Sabiduría de Occidente. Madrid: Aguilar, S.A. de Ediciones, 1962.

RUSSIAN FEDERATION. FEDERATION COUNCIL. Law No. 64 FZ (13, june, 1996). The Criminal Code of The Russian Federation. The Criminal Code Of The Russian Federation.

SAMPEDRO ARRUBLA, Camilo. Lección 19: La antijuridicidad. En: URBANO, José Joaquín, Et al. Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

SAMSON, E. Imputación del resultado y riesgo. En: Sancinetti, M. A. Causalidad, riesgo e imputación. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2009. p. 383.

SANACINETTI, M. Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva, en (varios autores) Teoría de la imputación objetiva. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

SÁNCHEZ, Clara Helena, Et al. Lógica y argumentación. Herramientas para un análisis crítico de argumentos. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia Unibiblos, 2008.

SÁNCHEZ, Esiquio. Manual de Derecho Penal Constitucional. El principialismo penal. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

SANCHEZ-OSTIZ, Pablo. Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal. España: La Ley – Actualidad, 2011. 1.032 p.

SANCINETTI, M. A. Causalidad, riesgo e imputación, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2009. p. 481.

SCHÜNEMANN, Bern. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva, en Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2007.

\_\_\_\_\_ El sistema moderno del derecho penal. Cuestiones fundamentales. Buenos Aires: B de F, 2012. ISBN: 9789974676855. 262 p.

\_\_\_\_\_ Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. En: El sistema moderno del derecho penal : cuestiones fundamentales : estudios en honor de Claus Roxin en 50º aniversario, 1991. p. 31-93. ISBN 84-309-1978-3.

SEARLE, John. La construcción de la realidad social. España: Paidós, 1997.

\_\_\_\_\_ Actos de habla. Madrid: Cátedra, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012.

\_\_\_\_\_ Imputación objetiva y causas de justificación. Un (mero) intento de distinguir. En: Revista de Derecho Penal Contemporáneo, Editorial Legis. Jul.-Sep, 2015. no. 52.

\_\_\_\_\_ Imputación objetiva y causas de justificación. Un (mero) intento de distinguir. En: Revista de Derecho Penal Contemporáneo, Editorial Legis. Oct-dic, 2015. no. 49. p. 5-36.

\_\_\_\_\_ Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2010.

\_\_\_\_\_ Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012.

\_\_\_\_\_ ¿Crisis del sistema dogmático del delito? En: Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de Conferencias y Artículos. s.a., no.40, s.p.

STEBBING, L. Susan. Introducción a la lógica moderna. México: Fondo de Cultura Económica, 1969. 285 p.

STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible. Navarra: Thomson, Editorial Aranzadi, S.A., 2005.

\_\_\_\_\_Derecho Penal, Parte General I. El hecho punible. Madrid: Edersa, 1982.

\_\_\_\_\_Derecho Penal, Parte General I. Hecho punible. Buenos Aires: Hammurabi, 2016.

\_\_\_\_\_Derecho Penal – Parte General, Madrid, Thomson-Civitas, 2005.

TORÍO LÓPEZ, Angel. El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos. En: Anuario de derecho penal y ciencias penales. Enero, 1974. T. 27, Fasc. P. 25-60. ISSN 0210-3001.

\_\_\_\_\_Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma. Estudios penales y criminológicos, 1985-1986. no. 10. p. 391 y ss. ISSN 1137-7550.

TORRES, Filemón. Manual de Derecho Penal. Bogotá: Editorial Universidad Santo Tomás, 2011.

VELÁSQUEZ VELÁZQUEZ, Fernando. Derecho Penal, Parte General. 4ª ed. Bogotá: Editorial Librería Jurídica Comlibros, 2009. 1316 p.

\_\_\_\_\_Manual de Derecho Penal. Parte General. 5ª ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2013.

VIVES ANTON, T. S. Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

VON WRIGHT, George Henrik. Norma y acción. Una investigación lógica. Madrid: Editorial Tecnos, 1970.

WELSSELS, J. Derecho penal, parte general. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980. p. 60.

WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Chile, 1980.

\_\_\_\_\_Derecho penal, parte general. Buenos Aires: Roque De palma Editor, 1956.

\_\_\_\_\_El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Montevideo: Editorial B de F, 2011.

WILSON, Edward O. Sobre la naturaleza humana. México: Fondo de Cultura Económico, 2011. capítulos II y VII.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigaciones filosóficas. Madrid: Editorial Trotta, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derecho Penal – Parte General, Buenos Aires: Ediar, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal, Parte General. 2ª ed. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Tucumán. ISBN: 950-574-155-3. p. 95.

\_\_\_\_\_Derecho penal. Parte general. Buenos Aires: Ediar, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; TENORIO TAGLE, Fernando; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Manual de Derecho Penal Mexicano. México: Editorial Porrúa, 2013.



Causales de justificación y ausencia de lesividad  
como criterios negativos de imputación objetiva

Se terminó de imprimir en mayo de 2019.

Para su elaboración se utilizó papel bond de 75  
gramos en páginas interiores y papel propalcote  
de 250 gramos para la carátula.

Las fuentes tipográficas empleadas son  
Chaparral Pro Light 11,5 puntos en texto  
corrido, Chaparral Pro (Bold) 14 puntos en  
capítulos y Chaparral Pro (SemiBold) 12 puntos  
en títulos.





## José María Peláez Mejía

Doctor en Derecho con mención Summa Cum Laude de la Universidad Libre (Sede Principal), magíster en Derecho Penal, magíster en Filosofía del Derecho de la Universidad (Sede Principal) y abogado egresado de la Universidad Libre (Seccional Cúcuta). Docente investigador en Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Libre (Seccional Cúcuta). Ha realizado como formación complementaria un curso de Especialización en el combate del crimen organizado, la corrupción y el terrorismo en la Universidad de Salamanca, España. Se ha capacitado y realizado estancias cortas de investigación en la Universidad de Göttingen, Alemania, en Teoría del Delito y con el Departamento de Justicia de Estados Unidos en la ciudad de Washington, sobre Sistema Penal Acusatorio. Durante los últimos años, además de adelantar múltiples proyectos de investigación, se ha desempeñado como docente de pregrado y posgrado en distintas universidades y como capacitador de jueces, fiscales y defensores públicos en Colombia y Panamá. Es autor de varios libros de Derecho Penal y Procesal Penal y de múltiples artículos científicos publicados en revistas nacionales e internacionales.

