

# **El delito: mera tipicidad y antijuridicidad**

*César A. Sandoval Molina*\*

\* Abogado de la Universidad Santiago de Cali, ex procurador judicial penal delegado ante el Tribunal Superior de Cali, especialista en Derecho Penal y profesor de la Pontificia Universidad Javeriana Cali.

## **Resumen**

Este artículo intenta demostrar que, dada la evolución fijada por la dogmática alemana durante todo el siglo pasado, no debe afirmarse que el delito es conducta típica, antijurídica y culpable, sino, simplemente, que el delito es sólo tipicidad y antijuridicidad, es decir, volver a la bipartición, pero bajo cánones bien diferentes. Con este fin, se hará un previo recuento histórico sobre las variantes generales de la dogmática en la conformación del delito. Este trabajo no pretende profundizar en la teoría del delito, sino partir de lo conocido para llamar la atención sobre el estado actual de la composición de la conducta punible, con el propósito de ayudar a la práctica judicial y a la pedagogía del derecho penal.

## **Palabras claves**

Derecho penal, teoría del delito, tipicidad, antijuridicidad.

## **Abstract**

This article purports to demonstrate that, given the evolution German dogmatic criminal has followed over the previous century, an offense should not be presented as defined, wrongful, and culpable conduct, but rather, simply, as nothing other than definition and wrongfulness. In other words, we should return to a bipartite scheme, but following very different standards. With this goal, the author begins by presenting a historical account of the general variants of German criminal dogmatism in constituting an offense. This article does not pretend to examine in depth the theory of offenses, but instead to start from what is already known in order to call attention to the current way of constituting offenses, with the aim of assisting the practice of criminal law in court and the teaching of criminal law.

## **Keywords**

Criminal law, theory of offenses, definition, wrongfulness.



## 1. Introducción

Es pertinente dejar sentado, de una vez, que no se pretende con este trabajo profundizar en la teoría del delito, sino partir de lo conocido para llamar la atención sobre el estado actual de la composición de la conducta punible, con lo que, por una parte, se simplificará su manejo en la praxis judicial y, por otra, se obtendrá un texto sencillo para servir de inicio en el estudio del derecho penal sustantivo.

Así, se intentará demostrar que, dada la evolución fijada por la dogmática alemana durante todo el siglo pasado, no debe afirmarse que el delito es conducta típica, antijurídica y culpable (criterio tripartita nacido con Beling) sino, simplemente, que *el delito es sólo tipicidad y antijuridicidad*. Es decir, volver a la bipartición pero bajo cánones bien diferentes, como que ya no serán la antijuridicidad y la culpabilidad los componentes estructurales del delito al tenor de la primaria dogmática alemana, sino la tipicidad y la antijuridicidad.

Ello se hará con un previo recuento histórico sobre las variantes generales de la dogmática en la conformación del delito en cuanto a la concepción de sus elementos estructurales, para de allí recabar en el aserto de la propuesta.

## 2. Las escuelas penales

No se discute hoy que, ad portas del siglo pasado, dos corrientes del pensamiento penal se disputaban en Europa la primacía. En primer lugar, con raigambre italiana, la llamada escuela clásica, fundada en la filosofía de la Ilustración, que concebía el delito constituido en dos partes perfectamente distinguibles: una objetiva, lo ilícito, y otra subjetiva, la culpabilidad. En segundo lugar, la corriente de la política criminal, de origen alemán, con Franz Von Liszt. Esta corriente colocaba al delincuente como límite infranqueable para el derecho penal, lo que hacía a esta tendencia una profundamente penetrada por el científicismo predominante de la segunda mitad del siglo XIX, al punto

de considerarse la acción delictiva como un simple mecanismo, guiado por las leyes físicas, en donde la causa servía de lazo entre sus distintos componentes.

A comienzos del siglo pasado surge el concepto de tipicidad expuesto por Beling, y que vino a unirse a los de antijuridicidad y culpabilidad, para constituir la hoy vigente conceptualización tripartita del delito como predicados de la conducta, esencia de la escuela dogmática alemana, con sus variadas corrientes, en proceso de sistematización de la estructura de la conducta punible, que terminó por imponerse.

Inicialmente, el delito se concebía en el derecho penal alemán bajo postulados causalistas productores de resultados. Así, aunque a la acción o conducta se le fijaran como características la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, aquella estaba regida bajo una orientación predominantemente objetiva, el concepto de causalidad. Con lo que lo subjetivo quedaba para la culpabilidad y únicamente en la culpabilidad, de acuerdo con el criterio de la llamada escuela clásica alemana.

Durante los años treinta del siglo XX surge, en la misma Alemania, la denominada escuela neoclásica o escuela de Baden, inspirada en el concepto kantiano de valorar la realidad conforme a las características que le atribuye cada individuo. Así, la realidad debe referirse a ciertos valores supremos que sirven para delimitarla y sistematizarla. Esto, llevado a la estructura del delito, permitió afirmar que tanto el injusto como la culpabilidad debían ser valorados desde el punto de vista del daño, de la lesividad social y de la reprochabilidad, juicios de valor predicables, entonces, tanto de la tipicidad como de la antijuridicidad. Surgen así los elementos subjetivos y normativos del injusto, propuestos por Max Ernest Mayer, afirmados por *Sauer* y desarrollados e impuestos por Edmund Mezger (1926).

Criticado por su marcada tendencia pro-nazi, puede rescatarse a favor de Mezger que se admitieron elementos subjetivos en la antijuridicidad, lo que disminuye el predominio objetivo que la escuela clásica había impuesto para la conducta o acción, para la tipicidad y para la

antijuridicidad. Y admite, además, que todos los elementos del delito, tomados de Husserl, son valorativos.

Son estas aperturas subjetivas las que llevan, a mediados del siglo XX, a un cambio radical en la orientación de la teoría de la acción y, por ende, de la composición general del delito. Se inicia con Graf zu Dohna y se estructura plenamente con Welzel, con la llamada teoría finalista de la acción: no es el resultado lo preponderante en el delito sino la acción, y no cualquier acción sino la acción final, la que dirige la voluntad; es decir, ella propone el resultado. Cambia el concepto de causalidad, ya no es aquella fundada exclusivamente en criterios naturalistas y objetivos sino la que es producto del dominio de una voluntad final, dirigida. Y como va dirigida a la realización del injusto, sale el dolo de la culpabilidad para formar parte, como debe ser, del tipo.

Y en el último cuarto del siglo XX surge el concepto o teoría de la imputación objetiva con Roxin y Jakobs, que, en términos generales, se basan en el fin de protección de la norma y el papel social del individuo. Es polo opuesto al subjetivismo, por estar fundado en el pensamiento lógico material. Es reconocimiento, no de lo objetivo a lo subjetivo, sino (más allá de lo material a lo ideal) del individualismo al normativismo.

Es evidente que la teoría de la imputación objetiva, con sus cargas de funcionalismo y de normativismo, va más allá del discernimiento subjetivista como partidario que es del pensamiento lógico material. O sea que se tiene otra evolución de lo material a lo ideal, aparte de la ya señalada de lo objetivo a lo subjetivo. Como dice Schunemann, del individualismo de Frankfurt al normativismo de Jakobs.

No es extraño entonces que dentro de la tradicional estructura tripartita del delito se considere, especialmente por Jakobs, que entidades como acción, causalidad y otras que se tenían por prejurídicas, es decir, anteriores o previas al concepto del delito, ya no lo sean sino que pasan a ser partes del mismo, con lo que se regresa a las ideas neokantianas. Se conciben los fines del derecho dirigidos a la pena y a la protección de las normas jurídicas y, sobre todo, la culpabilidad aparece absorbida por el concepto de prevención general y se mide por el grado de fidelidad al derecho, lo que importa para la cuantificación de la pena. De allí, se

resalta el especial hincapié que se hace sobre el papel que cada individuo tiene en la sociedad y las obligaciones que contrae dentro de su zona de organización individual para con aquella y para con los otros individuos.

### **3. Variantes generales en la estructura del delito**

#### **3.1. El método**

Es imperioso para graficar la estructura general del delito, como se propondrá, precisar los puntos concretos de su evolución dentro de la teoría penal alemana en lo corrido del pasado siglo, para no ir más lejos.

Pero para ello debe comprenderse que hay una brecha entre la dogmática tradicional y el normativismo, por cuanto la escuela clásica alemana y las que de su corte hubo, expusieron principios generales y de ellos, por estricta ordenación lógica, descendieron hasta aplicarlos a los casos particulares. Hay, en los clásicos, un despliegue de carácter primordialmente sistemático en donde la ciencia penal aparece rigurosamente ordenada, de manera que pudiera llamarse escolástica, es decir, de carácter lógico, por constituir una serie de secuencias que se enlazan unas con las otras y que van dirigidas a la prelación absoluta del principio de legalidad.

En cambio, los normativistas, con su nueva sistemática, parecieran tener su método como un sistema racional para obtener el derecho independientemente de la ley o, al menos, no necesariamente dependiente de ella, basados en los llamados *topoi*, lo que significa un modo de pensar tópico propio de las consideraciones jurídico racionales. Según Larenz, es un procedimiento general de discusión de problemas que se lleva a cabo por *topoi*, o sea, puntos de vista aceptables en todas partes que pueden conducir a lo verdadero. Se emplean para abordar por todos un problema y se trata de descubrir la conexión entre ellos y el problema en sí. Tal teoría señala la insuficiencia de la lógica de la subsunción, o sea de la derivación deductiva de las normas jurídicas para la formación de la jurisprudencia, pues no se trata de la realización de principios jurídicos generales sino de hallar la resolución justa y adecuada a cada caso particular (Larenz, 1980: 152 y ss.).

Ahora bien, considero, con harto temor a equivocarme, que adicionalmente la posición de Jakobs, denominada funcionalismo, es la de que el concepto de bien jurídico adquiere una nueva connotación que se relaciona con las funciones de la norma, pues, en tanto que, en la teoría tradicional, el delito se mide según la valoración de la lesión de los bienes individuales o estatales, para Jakobs y sus seguidores el núcleo del delito no es ya una lesión de los bienes jurídicos en su acepción tradicional —de bienes de la persona— sino la actuación contraria a la norma. Lo que importa no es la función valorativa de la norma sino su función de determinación, es decir, del poder ejercido para inclinar al individuo a respetarla.

De esta forma, en el funcionalismo lo que predomina no es la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, ya que no es tarea fundamental del derecho penal la defensa de los mismos, sino la regulación de las funciones sociales de los individuos (Lesch, 1995: 15-16).

Aceptar la tesis funcionalista implica evolucionar desde la protección de los bienes individuales a la de bienes colectivos y otra paralela que va de la protección de los bienes concretos a la de los bienes abstractos. Y, aún más, de la protección contra el daño concreto a la protección contra los peligros abstractos.

Ahora bien, y como se ampliará más adelante, si es verdad que el funcionalismo no desdeña al individuo hay que decir que por individualismo no se entiende el subjetivismo, esto es, el factor singular que cada uno representa con sus peculiaridades sino que acoge el concepto de persona, esto es, de alguien medido conforme a parámetros sociales. Distingue los conceptos de “sujeto” y “persona”, aquel como ser psicofísico y este como ser de construcción normativa sujeto a deberes surgidos de su rol social (Jakobs, 1996: 35 y ss.).

Así, aunque el individuo es protagonista de la sociedad, ya no se trata del ser humano considerado en su prístina naturaleza (o sea, como un individuo rodeado de derechos) sino como un instrumento dentro del esquema social. La relación del individuo con la sociedad no es singular sino instrumental, es decir, como un medio para un fin que es la conservación de la sociedad.

Al derecho penal no le interesa el individuo en cuanto sujeto, toda vez que como tal, éste es tan absolutamente autónomo que ningún ordenamiento legal puede intervenir en su fuero interno, en cambio, en cuanto persona, el individuo es por excelencia un ser social con una característica fundamental: ser portador de roles. Dicho en forma más simple, el individuo en cuanto sujeto es un ser con autonomía ética absoluta en los términos kantianos, en cambio, en cuanto persona es un miembro de la sociedad, integrado a un sistema que le impone como condición de pertenencia al mismo el seguimiento de unas normas. (Grosso García, 2001: 142)

### **3.2. El concepto de conducta o acción**

En términos muy generales, puede afirmarse que en el siglo pasado su concepción se enmarca en tres ámbitos. Uno, el puramente fáctico, otro el finalista y, por último, el de la manifestación de la personalidad.

Es evidente que no hay concepto más discutido en la estructura del delito, salvado el de la culpabilidad, que el de conducta. Se precisa, de una vez y con Fernando Velásquez Velásquez (2002: 228), entre otros, que tal locución de “conducta” se utiliza acorde con la terminología de nuestra ley penal y para evitar confusiones con el concepto de acción, ésta la especie, aquella el género. La evolución del concepto de conducta, puede decirse, marca la del derecho penal. Empieza por la dilatada época en que se la consideraba como un simple concepto material, es decir, como un hecho natural, hasta épocas más recientes en las que se discute si hay conducta en los movimientos puramente automáticos o reflejos y aún en su ubicación.

El derecho penal elaboró durante años, con el clasicismo dogmático, un concepto prejurídico, mecánico, puramente causal, de conducta, neutro de valor, regido por las leyes físicas y naturales. Se trataba de un impulso físico que Welzel denominaba ciego. Fue precisamente este autor el que cambió dicho concepto al dirigir la atención no sobre el inicio exterior de la conducta sino sobre su dirección y objeto finales. Conducta, dijo, es acción final, es decir, comportamiento que busca un propósito, una finalidad. El elemento básico vino a ser la voluntad porque ella dirige el acto hacia la meta final de tal forma que la acción

no es mera causalidad vista sólo de manera naturalista, sino como manejo de la voluntad. No es la causalidad por sí sola la que importa, sino la causa que se dirige por la voluntad.

Pese a ser una revolución o precisamente por ello, no se libró esta teoría de objeciones. En efecto, no podía explicar ni el comportamiento imprudente ni el omisivo dado que en esos casos no hay dirección de la voluntad hacia el resultado que se produce.

Welzel expuso varias soluciones. Ninguna resultó satisfactoria pues, queriendo involucrar la acción imprudente dentro de la finalidad, unas veces habló de finalidad potencial y otras de lesión al deber de cuidado.

Precisamente, como hacía falta un elemento común que abarcara ambas modalidades de conducta (la intencional y la imprudente), con base en los antecedentes surgió la tesis de Roxin, quien propuso, desde una mirada soportada en las normas y sin rechazar abiertamente la causalidad como componente, la teoría del riesgo indebido, recogida y ampliada, entre otros, por Jakobs, sosteniendo que es acción todo aquello que crea un riesgo ilícito, el que va más allá del permitido, para un bien jurídico, siempre que ese riesgo corresponda a un tipo penal, que realice un resultado típico y que esté dentro del ámbito de protección de la norma.

Ante ello, y lógicamente como resultado de dicho pensamiento normativista, como sólo podía haber acción cuando hubiera correspondencia con un tipo, se produjo el paso de la conducta del campo prejurídico al jurídico y de este a su absorción por el tipo.

### **3.3. Del resultado a la acción final y al normativismo**

Los pasos primarios de la dogmática, con Liszt, Beling, Mezger, Baumann, Weber, etc., dieron prelación, en el comportamiento delictivo, a la causación de un resultado. Así, en la teoría del delito lo que prevalecía era el daño causado a un bien jurídico. El contenido del injusto es la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

Frente a dicha postura surgió a mediados del pasado siglo, como acaba de explicarse, la postura de que se le diera prelación a la acción, a la voluntad, sobre el resultado, al tenor de la teoría de la acción finalista, concepto capaz, entre otros, de darle claro sustento a la tentativa.

Ello explica la posición de Welzel, y en quienes él influyera, que minusvalore la importancia del bien jurídico y le dé al resultado importancia secundaria, relegándolo a una función meramente limitante y tratando, aunque no de modo satisfactorio, de acomodar el delito culposo dentro de la teoría de la acción finalista.

De todas formas, es indudable que ante la propuesta de Welzel el mundo jurídico moderno se inclina, cada vez más, por excluir el resultado tanto del injusto como de la fijación de la punibilidad, afirmándose que lo que el derecho penal prohíbe son los comportamientos, no los resultados, pues estos no dependen directamente de la voluntad sino de las circunstancias. Así, se pretende reducir el resultado a una mera condición de punibilidad.

También, ante el dilema por el predominio de la acción o del resultado, y tal como se buscara para los delitos intencionales y los imprudentes, y los de acción y omisión, entre otros álgidos temas no resueltos por una misma posición teórica, surgió, para zanjar los enfrentamientos bajo una sola hipótesis que les permitiera explicar satisfactoriamente la imputación objetiva, normativista y funcionalista, en la que, sin renegarse ni de la acción ni del resultado, otro es el fundamento de la postura.

En términos muy generales y simples puede decirse que se enuncia al decir que a una persona le es imputable un cargo cuando ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado por desatender las normas de convivencia y ese riesgo se ha concretado en un resultado que corresponde al tipo penal, lo que acontece cuando, por su rol social, goza de la condición de garante de un derecho tutelado.

El planteamiento teórico surge de reconocer que en la sociedad abundan los riesgos. Unos permitidos, otros no. La diferencia la hace la ley

teniendo en cuenta, esencialmente, la aceptación de esos riesgos por la sociedad.

O sea, que la determinación de cuándo un riesgo es permitido y cuándo no lo es no depende del criterio del sujeto, es decir, de la motivación que lo haya llevado a crearlo. Esto hace que la teoría examinada sea aplicable a los delitos dolosos y a los culposos y a los de acción y de omisión. Y conduce a un principio general, a saber, todo aquel que ejecuta una conducta contraria a la ley o deja de ejecutar una que esta le haya exigido está creando un riesgo no permitido, así lo haga intencional o imprudentemente por acción o por omisión.

La ubicación del riesgo no permitido en el ámbito de la tipicidad objetiva, fundamento de la antijuridicidad, lleva al examen de la norma y, particularmente, del fin de protección de la misma. Es decir, a examinar hasta dónde alcanza su esfera de cubrimiento. Así, no hay lugar a imputación del tipo objetivo ni, por consiguiente, a delito alguno cuando el riesgo que se ha creado cae por fuera del ámbito de protección de la norma pues la sola causación del riesgo no es punible, ella adquiere relevancia cuando se produce un resultado antijurídico.

Los normativistas responden así imponiendo su teoría al margen del dolo o de la culpa del autor, de su acción o de su omisión, es decir, la respuesta que el mundo jurídico penal esperaba a las controversias del siglo XX.

### **3.4. Las propuestas sobre el bien jurídico**

Ya desde el siglo XIX surgió este concepto, apalancado por la teoría liberal, con formación extremadamente individualista, la que se le quiso siempre borrar, entendiéndose por bien jurídico todo cuanto es valioso para la comunidad jurídica y que requiere, por tanto, protección de la ley.

Así, en principio, el bien jurídico fue considerado como un derecho subjetivo porque su titular era el individuo, al cual resultaba necesario proteger de la acción del Estado, bien jurídico susceptible sólo de daños actuales o de un peligro concreto. En el siglo pasado se cambió el

concepto para admitir que la colectividad también podía ser titular de bienes jurídicos y que no sólo los daña la agresión material sino también la puesta en peligro abstracta.

Se debe a la escuela de Kiel, pese a su orientación nacionalsocialista, un cambio fundamental en el concepto de bien jurídico en el sentido de que el derecho penal tiene no sólo una función de protección sino también una función de garantía de los bienes jurídicos, y que al lado del concepto de bien jurídico está el de deber jurídico.

El conflicto a mencionar, entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado, que durante el auge inicial de la teoría finalista dio prevalente importancia a aquella sobre este, contribuyó a una especie de declive del concepto de bien jurídico menospreciado por los finalistas.

Sin embargo, desde el comienzo de los años setenta del siglo XX, el concepto volvió a adquirir vigencia debido, en buena parte, a la reforma alemana, entonces en preparación, en la cual el bien jurídico pasó a ocupar papel protagónico como hilo conductor de la parte especial en el código penal.

Hoy en día, el concepto readquirió gran importancia como elemento trascendental en la evolución del derecho, en cuanto a su concepción en sí y en el aspecto de la transformación en valor relevante para el individuo y para la comunidad.

Al punto que Jakobs ha convertido en bien jurídico a la misma norma jurídica (a la que llama bien jurídico penal) que es, si se quiere, el bien supremo, cuya protección permite garantizar la firmeza del orden jurídico, librándolo de decepciones y de dudas lo que cimienta la estabilidad de las expectativas normativas para que no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas. Detrás de esa norma suprema vienen los otros bienes jurídicos individuales, estatales o colectivos (Jakobs, 1997: 45); así, el autor dio tal revuelo al concepto de bien jurídico que, de acuerdo con su pensamiento, v. gr. el homicidio no consiste en segar una vida humana sino en la oposición a la norma subyacente al homicidio. Esta concepción está íntimamente ligada al concepto de organización, básico en la teoría de Jakobs, según el cual el

individuo tiene una esfera ordenada en la cual actúa, la que no debe abandonar para ir en contra de la organización de la sociedad. Cuando el autor de un delito procede de modo que su actuación se opone a la norma (esto es, a la organización de la sociedad), se desarrolla una interacción social y, entonces, es menester que se reafirme la significación de la norma reforzándola por medio de la reacción punitiva.

Esta tesis tiene que ver con la vieja disputa entre el sentido imperativo de la norma, esto es, su poder de hacerse obedecer del individuo y su sentido valorativo, o sea, la graduación de la gravedad del hecho cometido. La teoría tradicional impone la pena teniendo en cuenta el sentido valorativo de la norma, es decir, la gravedad del hecho cometido. La teoría funcional lo hace basándose en el aspecto de determinación de las normas, esto es, en el grado de obediencia del actor.

En síntesis, puede afirmarse que el bien jurídico no puede entenderse hoy en día con un sentido naturalista, como quería el clasicismo, ni como un valor ético individual, como lo pretendía el neokantismo, sino con un significado social, como condición que posibilita la participación del individuo en los sistemas sociales (Mir Puig, 1979: 60).

### **3.5. La evolución del tipo**

Si se quisiera, el origen del tipo es el que fuera llamado “cuerpo del delito”, constituido por los signos externos del mismo. Era, ante todo, un concepto procesal que se traducía por esta pregunta: ¿qué ha de considerarse como ocurrido? Este concepto es reemplazado por la valoración jurídica del hecho, o sea, por esta pregunta: ¿cómo ha de valorarse lo ocurrido? Es decir, como un hecho valorado por su relevancia jurídico material.

A comienzos del siglo pasado (1906), Beling lo sitúa como un escalón independiente del delito, antes de la antijuridicidad y de la culpabilidad. Pero el tipo no contenía juicio alguno de valor y estaba, además, desprovisto de dolo, algo completamente objetivo con una muy pasajera voluntariedad.

Alrededor de 1911 se descubren elementos subjetivos en el tipo, o sea que en muchos casos el injusto depende de la dirección de la voluntad. En tal descubrimiento intervienen Fischer, Hegler, Mayer y, en particular Mezger. Esta noción se impuso hacia 1930.

También hacia 1915 se proponen por Max Ernest Mayer los elementos normativos del tipo, o sea, aquellos componentes jurídicos y no jurídicos, de carácter valorativo, que pertenecen a ciencias distintas del derecho penal y cuyo conocimiento es puramente intelectual.

Es con dichas bases, especialmente con la aceptación de los elementos subjetivos, que surge, a mediados del siglo pasado, la teoría final de la acción incluyendo el dolo en el tipo como elemento cognoscitivo del hecho. El dolo no pertenece a la culpabilidad sino al tipo, al tipo subjetivo.

No hay un tipo único, se habla del tipo objetivo y del tipo subjetivo.

Y, para salvar la tradición, hay un dolo natural en el tipo y un dolo jurídico en la culpabilidad.

El tipo, hoy por hoy, no es estrictamente objetivo, como lo pregonaban los clásicos en defensa de la causalidad naturalista y el resultado, ni con radical inclinación subjetiva, según el pensamiento finalista, dando a entender que la voluntad rige la causalidad, es representación del componente social que radica en cada hombre.

### **3.6. Los avatares de la culpabilidad**

Si de la conducta han corrido mares de tinta, no menos puede decirse de la culpabilidad como elemento independiente en la estructura del delito, ya que su trayectoria está conformada por un incesante debate sobre su naturaleza y sus funciones.

Este concepto describió, en el siglo pasado, un gran arco que va desde su aceptación indiscutida durante toda la época clásica, la neoclásica y, prácticamente, en la contemporánea, fundándose en una libertad absoluta de la voluntad, esto es, en el libre albedrío (indeterminismo

absoluto), hasta su negación, con base en un determinismo extremo, como sucede con Gimbernat Ordeig.

En esta trayectoria se pasa por los más diversos matices de la culpabilidad. Estos comprenden su concepción psicológica, por un lado, y su concepción normativa por el otro. Y desde la teoría que la ve como un atributo de la personalidad hasta la que la tiene como un grado de influencia de la norma sobre el sujeto (teoría de la receptibilidad) y, aún de quienes consideramos, en últimas, que la moderna teoría del delito dejó la culpabilidad sin suficiente peso como para conformar un elemento básico e independiente.

Tradicionalmente, la culpabilidad fue tenida como un concepto psicológico, vale decir, como la relación subjetiva entre un acto y su resultado. Dentro de esta concepción la imputabilidad es considerada como presupuesto de la culpabilidad y el dolo y la culpa como formas de ésta.

En las primeras décadas del pasado siglo, el concepto psicológico de la culpabilidad fue reemplazado por un concepto normativo basado en la reprochabilidad del comportamiento, esto es, en no haber actuado conforme a las normas habiendo podido hacerlo.

Así, Frank en 1907 y Goldschmidt en 1913 introducen otro elemento: la reprochabilidad no debe deducirse solamente de la desobediencia a una norma jurídica sino también a una norma de deber que consiste en la obligación que cada uno tiene de disponer su conducta de modo que corresponda al orden jurídico. Y, con un giro distinto, Freudenthal planteó en 1922 que la conducta fuera exigible. Esto es, proclamó la inculpabilidad cuando la conducta no fuera exigible (inexigibilidad de otra conducta).

Posteriormente, entrada ya la segunda mitad del siglo XX vino, por obra de la teoría finalista de la acción, otra concepción de la culpabilidad consistente en pasar el conocimiento del hecho al tipo en calidad de dolo y culpa (tipo subjetivo), y dejar en la culpabilidad la reprochabilidad de la acción, esto es, en haber actuado contra la norma habiendo podido evitarlo.

Un criterio más avanzado es el expuesto luego por Roxin, para quien la concepción normativa es suficiente pues sólo se pregunta en ella si el acto le es reprochable a su autor pero no si éste debe responder por él. El concepto normativo de culpabilidad debe complementarse con un concepto normativo de responsabilidad.

Roxin parte de lo que él mismo llama la asequibilidad normativa. O sea, la capacidad de autocontrol del individuo para comportarse conforme a la norma. Es culpable cuando, teniendo esa capacidad, no opta por ninguna de las alternativas de conducta que psíquicamente le son asequibles (Roxin, 1997: 807 y ss.).

Con esto pretende el autor eludir todos los problemas que ha suscitado la afirmación del libre albedrío, ya que no es necesario demostrar su existencia sino sólo que el individuo es asequible a otras formas de comportamiento.

Es de destacar, en la teoría de Roxin, que la culpabilidad no es únicamente el fundamento de la pena sino su límite. La sanción no puede sobrepasar el grado de culpabilidad pero puede ser inferior a ella. La pena se rige por criterios políticos-criminales que indiquen su necesidad y modalidades (Roxin, 1971: 67 y ss.) como presupuesto de responsabilidad o culpabilidad.

De igual manera, y nuevamente corriendo el riesgo de estar errado, considero que Jakobs ha formulado lo que pudiera llamarse una teoría funcional de la culpabilidad según la cual ésta se determina a partir de un fin general de la pena, el cual no es la intimidación a la colectividad sino el ejercicio en la fidelidad al derecho. En otras palabras, la estabilización en la confianza en el ordenamiento perturbado por la conducta delictiva ya que el delito frustra las esperanzas de la comunidad y esa frustración se compensa considerando culpable la conducta frustrante y castigándola (Jakobs, 1997: 581).

Se pune, dice este autor, para mantener la confianza general en la norma, o sea, para ejercitar en el reconocimiento general de la norma. De acuerdo con este fin de la pena, agrega, el concepto de culpabilidad no ha de orientarse hacia el futuro sino que, de hecho, está orientado

hacia el presente en la medida en que el derecho penal contribuye a estabilizar ese ordenamiento (Jakobs, 1997: 581).

En la teoría de Jakobs se observa su oposición a Welzel en cuando desecha el fundamento que éste da a la culpabilidad como poder de actuar de otro modo, en lugar de lo cual Jakobs le señala como fin el de prevención general. Así mismo, ataca los contenidos descriptivos de la teoría welzeliana, es decir, su tendencia ontologizante o referida a la realidad. Y ataca, también, la delimitación acogida por Welzel entre dolo y culpa realizada sobre un criterio psicológico.

En cambio, se le objeta a Jakobs que abandona la función restrictiva de la culpabilidad, esto es, la determinación de ésta en virtud de las condiciones personales del sujeto y se limita a preguntarse qué es lo necesario para que los ciudadanos, en general, permanezcan fieles al derecho, lo cual lleva a extremos como declarar culpable al delincuente por instinto completamente incapaz de autocontrol. Advierte a este propósito Roxin que una tal instrumentalización del individuo, que solo sirve como instrumento de los intereses sociales de estabilización, fue ya criticada por Kant como contraria a la dignidad humana (Roxin, 1971: 806).

Otras teorías se han expuesto a propósito de la culpabilidad como la de que ésta se basa en el carácter propio, es decir, que cada cual responde por ser así, esto es, por las características personales que le han inducido al hecho. Esta doctrina conduce a renunciar por completo a hacer al individuo un reproche moral y al rechazar, por consiguiente, la retribución y el reproche moral y a reducir las penas a fines puramente preventivos. Llegan las objeciones a expresar que resulta absurdo atribuir responsabilidad a alguien por algo de lo que no tiene la culpa, esto es, por algo respecto de lo cual nada puede hacer.

No obstante el fracaso de esta posición, ha habido quienes abogan por la supresión de la culpabilidad como elemento del delito. Es así como Gimbernat Ordeig sostiene que la culpabilidad no existe porque el fundamento de la misma, que es el libre albedrío, resulta indemostrable. Lo cual no quiere decir, en criterio de este autor, que haya de prescindirse de la pena pues esta se impondría, no con base en la

culpabilidad, sino en el valor del bien jurídico ofendido y en la gravedad del hecho cometido.

A esta teoría se le pueden hacer las mismas objeciones que a otras, ya que prescinde de la personalidad del culpable para basar la pena en fundamentos puramente objetivos.

Por otro lado, teorías más recientes plantean la responsabilidad, y, por lo tanto, la culpabilidad, desde bases diferentes a la personal. En efecto, está la que se ha denominado teoría político criminal del sujeto responsable, según la cual es la sociedad la que tiene que dotar al individuo de medios para controlar su conducta y debe hacerlo para poder exigirle un comportamiento conforme a las normas.

La culpabilidad, en esta teoría, no es una estructura del ser, de la capacidad de obrar de otra manera, ni de su libre albedrío, sino de la relación existente entre la persona y el Estado. El sujeto responde por dolo o culpa pero no más allá de los límites del mundo interior que en él ha plasmado el Estado o le ha permitido que se forme.

Se trata de una exigibilidad sistemática, es decir, de saber si el sistema está en capacidad de exigir al individuo determinado comportamiento. Esto implica, ante todo, que el Estado le haya dado al individuo unos efectivos procesos de internalización de valores, o sea, que le haya dado los medios para entender que está cometiendo delito y que se le pueda exigir, según las circunstancias, que acate normas.

Por otra parte, el Estado sólo puede aplicar penas cuando no vulnera la indemnidad de la persona, esto es, cuando no va a menoscabar su personalidad. O sea que, aunque haya delito y sujeto responsable, puede no aplicarse la pena si va a afectar la indemnidad de la persona.

Dentro de este sistema, culpabilidad es exigibilidad. Un individuo es culpable en cuanto se le pueda exigir que acate las normas. De lo contrario, no. Y esa exigibilidad, se repite, depende de si la sociedad le ha inculcado los correspondientes valores.

Se puede decir, en síntesis, que si el individuo se ha desarrollado dentro de un medio en que esos valores no existen ni le han sido, por lo tanto, inculcados, no se le puede decir que ha obrado con culpabilidad ni exigirle, por ende, responsabilidad.

Este planteamiento ubica la culpabilidad sobre bases completamente distintas a la psicológica y a la normativa y acaba con toda traza de responsabilidad personal. La gran responsable es la sociedad y ésta no puede exigir lo que no ha dado. Aun si ha dado, no puede imponer penas si con ello se vulnera la indemnidad del individuo (Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, 1999: 138 y ss.).

Digamos, para concluir este aparte, que a poco la culpabilidad con las distintas tendencias va camino a desaparecer irrigando sus funciones en otros espacios del delito.

#### **4. Tres esquemas penales en gráficas**

No constituye postura excluyente de ninguna naturaleza afirmar que en el moderno derecho penal alemán sólo tres, en términos generales, han sido las escuelas que con sus tesis han marcado derroteros tal como, sucintamente, en apartes anteriores se dejó consignado. Ellas son la escuela clásica, la escuela finalista de la acción y la escuela normativista. Todas, sin duda, son partidarias del sistema tripartito de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

De cada una de ellas es preciso determinar en dónde radican sus presupuestos constitutivos del delito, qué recogen o qué rechazan las unas de las otras y qué queda para, con ello, soportar la fórmula de nuestra propuesta de ser el delito simplemente tipicidad y antijuridicidad.

Revisémoslas entonces individualmente, en lo pertinente.

#### **4.1. La escuela clásica**

Atendiendo el factor temporal, el haber servido a las demás y porque de ella lo que queda es poco y bien diferente a los planteamientos primarios, cabe tratarla antes que las otras.

Ya se había esbozado: su concepción de la conducta punible es estrictamente naturalista.

No es entonces de extrañar que, a partir de la pretensión tripartita, prevaleciera el componente objetivo en el delito, aun en el género conducta para sólo en la culpabilidad dejar el aspecto subjetivo.

Respondía, en términos generales, el concepto del delito a una parte objetiva, conformada por la conducta o acción, el tipo y la antijuridicidad, y, una subjetiva, que se concretaba en la culpabilidad.

Para entender la gráfica que adelante se hará, es preciso referir cada uno de estos elementos tal como se manejaron en términos de mayor aceptación.

##### **4.1.1. La conducta o acción**

Siendo la concepción del delito de estirpe fundamentalmente naturalista, objetiva, sólo para la culpabilidad se dejaba el sentido de la voluntad.

En la conducta o acción la voluntad era mero reconocimiento del ser racional que actuaba, más que la voluntad. Se pensaba en voluntariedad como capacidad para, simplemente, dar lugar a un movimiento corporal productor de una causa a través de la cual se produce el resultado.

En principio, entonces, la acción o conducta está compuesta por un movimiento corporal voluntario. Así, Ernst Von Beling quien postulaba que “para establecer que se ha dado una acción, es suficiente la constatación de que se ha manifestado un querer del autor por un movimiento del cuerpo o de un no movimiento” (Agudelo, 1998: 29).

Así, por **conducta** debe entenderse primero la existencia de un **movimiento corporal voluntario**, o sea:

C = m. c. v.

Pero, precisamente, por haberse traído de las leyes naturales al derecho penal la composición de la acción o conducta, no bastaba el mero movimiento con dicha voluntad sin sentido. Era preciso, además, que hubiera un proceso causal, que tal movimiento fuera causa, produjera un resultado que permitiera imputarlo. Allí estaba el meollo del asunto a discutir e imponer y en su entorno giró el derecho penal.

La causalidad es esencia de la conducta. Si bien no se consulta la carga de la voluntad sí se precisa, radicalmente, el nexo de causalidad. Carece de sentido la conducta si no hay unión causal entre el movimiento o no movimiento y el resultado, ello, revisado desde una óptica meramente objetiva.

Acción sería, pues, un proceso causal, siempre que pueda atribuirse a una voluntad humana, *sea cual sea el contenido de esta*, a un movimiento corporal voluntario. El movimiento corporal, a su vez, se define como “la tensión (contracción) de los músculos dispuesta por la mente, que tiene lugar por la inervación de los nervios motores”. La voluntad humana se toma, pues, como hecho, sin consideración a su contenido, y por lo mismo sin consideración a su sentido. Para la comprobación de *que* ocurre una acción basta la certeza de que el autor ha actuado activamente o ha permanecido inactivo. *Lo que* éste haya pretendido es aquí indiferente; el contenido de la voluntad sólo tiene significado para la cuestión de la culpabilidad. (Jakobs, 1997: 160)

Explicar qué debía entenderse por nexo causal y aplicar el concepto por encima de cualquier crítica, como el que no pudiera tener aplicación en la tentativa o en tipos de omisión o en los imprudentes, fue durante varios años lo que ocupó a los autores de distintas corrientes, cual más considerándose salvador de la teoría.

Fuera cual fuere la teoría acogida, lo cierto es que para los clásicos la conducta, factor pretípico del que se predicaban la tipicidad, la

antijuridicidad y la culpabilidad, para ser punible, no era entonces solo **movimiento corporal** con voluntariedad, sino, además y esencialmente, **nexo causal**. Así, sería:

$C = m. c. v. + N. C.$

Pero faltaba más. La causalidad estaba referida a un resultado material del que era causa el movimiento corporal.

Con Mezger, “trátase de los efectos ocasionados por la conducta corporal. Se presentan, en primer lugar, en un mundo material, pero pueden manifestarse también en la vida psíquica de las personas [...] resultado del hecho punible en sentido estricto y propio del término (dicho más claramente, el ‘resultado externo’), es sólo el resultado posterior producido por la conducta corporal del autor” (Mezger, 1985: 104).

Tal postura llevaba a diferenciar la acción misma manifestada con el resultado de la acción en sí, pues, por un lado, la acción penalmente relevante era sólo la realizada en el mundo exterior y, por el otro, diferente era la manifestación de la voluntad de las modificaciones que ésta producía en el mundo exterior, amén de que así se permitían construcciones teóricas que permitieran explicar situaciones como las de la tentativa y los delitos de peligro.

De esta forma, para recapitular, la conducta pretípica estaba constituida por el **movimiento corporal voluntario**, el **nexo causal** y el **resultado**, dándosele entre ellos absoluta importancia y prelación al nexo causal. O sea:

$C = m. c. v. + N. C. + r.$

#### 4.1.2. La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad

Tanto la tipicidad como la antijuridicidad se enmarcaban dentro de un campo radicalmente objetivo. La tipicidad bajo el entendido de que su función era solamente descriptiva y la antijuridicidad tenida como mera

contradicción entre lo realizado y el ordenamiento jurídico en cuanto dañosa.

Ya en la culpabilidad la escuela clásica entra a manejar todo el aspecto subjetivo del delito, es decir, la relación síquica del autor con el hecho, la carga de la voluntad, no la mera voluntariedad, en el acontecimiento criminal.

La culpabilidad sólo se entendió posible cuando el sujeto tenía capacidad, era imputable, que, de tenerla, obraba con dolo o culpa, especies éstas del género culpabilidad. Así, la distinción y conceptualización de la culpabilidad y en ésta del dolo y la culpa, y la preterintención, constituyeron el gran campo de batalla de la culpabilidad.

#### 4.1.3. Resumen

Resumiendo, para la escuela clásica alemana, con su positivismo, que lleva a un cerrado naturalismo, la acción o conducta es la base del delito. La acción es un hecho natural en la que lo esencial es el movimiento corporal humano causante de un resultado, a ello se le aplica el tipo y la conformación de la tipicidad. Es así absolutamente objetiva (no es un juicio valorativo ni tiene en cuenta la subjetividad). La acción, objetivamente típica, se hace objeto del primer juicio: si es un ataque a bienes jurídicos (juicio de antijuridicidad); después, de una segunda valoración: se tiene en cuenta el contenido de la voluntad (culpabilidad).

El sistema naturalista-causalista queda establecido así: la acción, que es la base del delito, no uno de sus elementos. Lo injusto, que tiene dos aspectos: uno, la tipicidad (descriptiva, no valorativa) y la antijuridicidad y la culpabilidad como elemento subjetivo. Así:

Delito =

Conducta = m. c. v. + N. C. + r.

Típica = descriptivo-objetiva

Antijurídica = descriptivo-valorativa

Culpable = estrictamente subjetiva

## **4.2. La escuela finalista**

El esquema general se conserva, pero bajo parámetros bien diferentes.

Ni la conducta, ni la tipicidad, ni la antijuridicidad, se miran bajo una óptica estrictamente objetiva. Ello sin abandonar la influencia naturalista.

La acción está cargada de voluntad y forma parte del tipo y esa misma voluntad se riega en la antijuridicidad y, de la culpabilidad, salen al tipo sus especies y se cambia su componente.

La conducta no se concibe bajo la esencial relación causalidad-resultado sino que estos quedan sometidos a la preponderancia de la voluntad. Es ésta la que mueve la causalidad, es la voluntad la que busca y produce el resultado, la voluntad lo es todo.

Pudo haber sido Alexander Graf Zu Dohna quien se radicalizó, partiendo de la primera edición de su obra, en 1936, al afirmar el concepto de conducta o acción desde esa óptica preñada de voluntad, al escribir que “[n]o son características exteriores las que hacen afirmar que el delito es acción, pues acción es, esencialmente, concreción de voluntad. Esa voluntad puede ser dirigida a producir o a evitar la actividad corporal [...]” (Graf zu Dohna, 1958: 18).

Propuesta que fue recogida por Hans Welzel quien, al referirse al sentido de la “objetividad” en el tipo objetivo, expresó: “El fundamento real de todo delito es la objetivación de la voluntad en un hecho externo [...]. Este llamado tipo objetivo no es de ningún modo algo “externo” puramente objetivo, que estuviera absolutamente libre de momentos subjetivo-anímicos [...]” (Welzel, 1987: 93). Así, se mostraba coherente con su núcleo teórico:

Acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer ‘final’, no solamente ‘causal’. La ‘finalidad’ o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la

## El delito: mera tipicidad y antijuridicidad

consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso [...]. (Welzel, 1987: 53)

Claros resultantes de dichas posturas son, primero, que la conducta no es pretípica sino que se constituye en el tipo por lo que, segundo, cabe hablar de tipo objetivo y tipo subjetivo sin que en ninguno de ellos la causalidad, sin despreciarla, sea pieza fundamental. Por lo mismo, hasta Welzel el dolo era ubicado sistemáticamente en la culpabilidad, tanto durante el sistema clásico como en el neoclásico. Sin embargo, con la concepción finalista de la acción se produjo forzosamente el traslado del dolo a la tipicidad. Y por ende la antijuridicidad no es mera contradicción con la norma sino que se requiere del conocimiento de la misma. Y, de la culpabilidad, para salvarla, se la cobija como mera reprochabilidad.

El finalismo, entonces, forma parte del mismo sistema dogmático jurídico penal con sentido naturalista cargado, eso sí, de un subjetivismo moderado, teleológico y valorativo, que termina imponiendo el sentido de que la conducta, la acción, no es mera causalidad y resultado, sino que se explica a través de la intencionalidad. Lo que importa, fundamentalmente, es la **voluntad final**, dirigida. Por tanto, por *conducta* o *acción* debe entenderse el **movimiento corporal Voluntario Final** más **nexo causal** más **resultado**. O sea:

C = m. c. V. F. + N. C. + r.

Pero, además, la conducta ya no está por fuera del tipo sino que lo constituye, forma parte del tipo, no se entiende éste sin aquella y, por ser así, se habla de un tipo objetivo y de un tipo subjetivo, sin que haya una tajante y absoluta separación de ellos, es decir, que se rechacen plenamente.

Para el Finalismo es claro, entonces, que por delito se entiende aquella acción, constituida por un movimiento corporal cargado de voluntad

final, causante de un resultado, que se encuentra en el tipo, pues a vivenciarlo se dirige. Por lo que no es sólo objetivo sino también subjetivo, acompañados de la antijuridicidad, que no es meramente objetiva, siendo, por ende, tanto desvalor de resultado como desvalor de acción y, de la culpabilidad, que es reprochabilidad en cuanto a exigibilidad.

Así, pues, es como se produce por Welzel un verdadero cambio en el modelo, al dejar de considerar la acción, incluida en el tipo, como meramente causal para concebirla como acción final. La voluntad es finalista, carácter que se fundamenta en que el hombre, que conoce los procesos causales, representa dentro de ciertos límites los resultados tipificados que su conducta puede acarrear y los quiere conforme al plan que ha previsto. Luego, la finalidad es la que da sentido al proceso causal y es, esencialmente, inseparable de éste.

Se elabora, en consecuencia, el delito: la tipicidad, que tiene aspectos objetivos (tanto descriptivos como normativos y por lo tanto valorativos) y aspectos subjetivos (como el dolo y la culpa). La antijuridicidad, como juicio objetivo de valor que contiene elementos subjetivos y la culpabilidad, como juicio subjetivo de valor que analiza la posibilidad de un actuar distinto.

Podría, en conclusión, representarse en la teoría finalista el concepto como:

Delito =

Tipicidad = tipo-conducta (voluntad) {objetiva y subjetiva}

Antijuridicidad = desvalor de acción y de resultado

Culpabilidad = reprochabilidad

#### 4.2.1. Las debilidades del finalismo

Si tanto los clásicos como los neoclásicos fueron objeto de críticas por no ser capaces de explicar a través del causalismo ni los tipos de omisión ni la tentativa, entre otros, a los finalistas, a pesar de lograr una solución valedera al conato, no fueron objeto de menos recriminaciones

especialmente por no explicar con satisfacción su teoría de los delitos imprudentes.

Fue por ello que Welzel se dio a la tarea de aplacar las críticas, y procurando una solución entró a afirmar que:

Los tipos de los delitos dolosos y culposos comprenden la acción final (dirigida) desde distintos puntos de vista: mientras los tipos de los delitos dolosos (dolosos en el sentido de dolo de tipo) comprenden la acción final en la medida que su voluntad de acción está dirigida a la realización de resultados (objetivos) intolerables socialmente, los tipos de los delitos culposos se ocupan (no tanto de los objetivos, sino más bien) de la clase de ejecución de la acción final en relación a consecuencias intolerables socialmente, que el actor o bien confía en que no se producirán o ni siquiera piensa en su producción, y comprenden aquellas ejecuciones de acción (procesos de dirección) que lesionaron el cuidado requerido (para evitar tales consecuencias) en el ámbito de relación. En los tipos culposos se pone en conexión, entonces, la ejecución concreta (o dirección concreta) de la acción final con una conducta modelo, rectora, que está orientada a evitar consecuencias de acción indeseables socialmente. (Welzel, 1987: 185)

Sin más, para explicar el tipo subjetivo culposo la teoría finalista de la acción se ve obligada a valerse de reglamentaciones sociales, con lo que en parte abandona la esencia de su concepción teórica y, por otro lado, abre el camino para el futuro normativismo o funcionalismo.

### **4.3. La teoría de la imputación**

El sistema se maneja con dos piezas fundamentales. En primer lugar, la teoría de la imputación al tipo objetivo, en la que se recarga a la producción del resultado no sólo la causalidad objetiva y la finalista, sino que, esencialmente, aquella se debe a la realización de un riesgo no permitido y a la posición de garante, ubicados dentro del fin de protección de la norma, complementándose, así, la causalidad naturalista con valoraciones jurídicas. En segundo lugar, la culpabilidad es manejo de responsabilidad, es condición de la sanción penal.

La imputación al tipo objetivo se forja en la relación causal entre el suceso y la voluntad. Ésta entendida no como una relación síquica entre aquellos, sino surgida del concepto de persona componente de una sociedad en la que debe cumplir determinados roles importando, primordialmente, no la relación síquica sino la normativa entre dicha voluntad y el suceso. Es decir, la imputación del tipo objetivo se da si sometida la persona a un deber lo incumplió, si quebrantó el rol que le correspondía porque fue más allá del riesgo permitido o porque no se ajustó a su condición de garante, ello, dentro de determinados “límites” (Jakobs, 1999: 103), como el principio de confianza, las acciones a propio riesgo, la prohibición de regreso, la relación riesgo resultado bajo el fin de protección de la norma, para la teoría del riesgo y los deberes de protección y vigilancia para las posiciones de garantía establecidas por la ley.

Si bien el ulterior trabajo científico de Jakobs impulsó la aceptación de los conceptos teóricos propugnados, no es factible desconocer que fue Claus Roxin quien fomentó las bases al recabar que el primer cometido de la imputación al tipo objetivo es indicar las circunstancias que hacen de una causación (como límite extremo de la posible imputación) una acción típica, circunstancias que no son otras diferentes a que “[u]n 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” (Roxin, 1971: 363).

Cabe afirmar, porque no se trata de profundizar en los presupuestos teóricos del funcionalismo, que para declarar completo el concepto de acción no se rechaza la relación psíquica sino que se le da prelación al criterio normativo de ella, que no se rechaza la causalidad pero se complementa con la teoría del riesgo y las posiciones de garantía, para así permitir la atribución, imputación, y constitución del tipo objetivo. Y así es porque para Jakobs el delito no es un proceso subjetivo, o algo que ocurre a un ser humano en su psique, sino que es un fenómeno valorativo, referido a normas, algo que sucede entre personas, entre individuos interrelacionados por procesos comunicativos, dotados de sentido y significado y regidos por parámetros de valor normativos. Es por ello que, en forma tan tajante, sostiene que no es la afectación de un

bien jurídico lo que hace que un determinado comportamiento sea delictivo sino la manera como el sistema de valores de la sociedad y las normas que los integran califique o le dé significado a ese comportamiento (Grosso García, 2001: 52).

Bajo tales supuestos es que en la teoría del delito se modifica, sustancialmente, el predominante criterio naturalista objetivo-subjetivista por el abiertamente normativista y, de esa forma, el concepto de acción juega en el tipo complementándose para la imputación del tipo objetivo, con la llamada teoría del riesgo y la posición de garante. La antijuridicidad, antes entendida como lesión de bienes jurídicos, es ahora quebrantamiento de la vigencia de la norma, y la culpabilidad, primero relación psíquica y luego reprochabilidad, es ahora fundamento de la sanción atendándose el grado de quebrantamiento de vigencia del ordenamiento. O sea, que queda la culpabilidad absorbida por la prevención general de la pena.

Cabría entonces sostener que, para el normativismo, la acción o conducta, para la imputación del tipo objetivo, está dada en aquel **movimiento** corporal cargado de **voluntad final** (en cuanto a fenómeno valorativo, referido a normas), atado a un **nexo causal** que es cimentado en los **riesgos desaprobados** o por desconocimiento de la condición de **garante**, para producir un **resultado típico** que se imputa. Es decir:

C = m. c. v. f. + N. C. + r.

+

R. D.

+

G.

Así, bajo este concepto de conducta ubicada en el tipo, la estructura general del delito deviene como:

Delito =

Tipicidad = tipo-conducta (riesgos desaprobados y posición de garante)  
{objetiva y subjetiva}

Antijuridicidad = quebrantamiento de norma

Culpabilidad = sanción penal

## **5. Planteamiento general**

Atendiendo las gráficas propuestas en el aparte anterior, es fácil percibir que de la estructura delictual aceptada a principios del pasado siglo y de la composición de sus características o elementos es poco lo que queda, así nos empeñemos en romántica postura en conservar la añeja terminología.

Efectivamente, aquel concepto del delito como “conducta típica, antijurídica y culpable”, en la que la parte material u objetiva estaba en los tres primeros y lo subjetivo en el último, con los aportes que se han hecho desde mediados del siglo pasado hasta el presente, nadie lo defendería.

Y es porque entraron a ser valorados de diferente forma, en razón del punto de partida para su entendimiento, pues se abandonó un naturalismo objetivista, traído de otras ciencias, para llegar a un derecho penal que se explica nacido de sí mismo, de las normas que rigen al hombre como ser social.

Ello, a nuestro juicio, produjo que los “elementos” del delito se entendieran de diversa forma y condujo a que fueran subsumidos o quedaran carentes de la suficiente entidad como para gozar de independencia.

Así, consideramos que el concepto “conducta”, del que se predicaban la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, ha dejado de existir. No se le puede seguir considerando como factor pretípico porque queda comprendido en el tipo, y la culpabilidad ha quedado tan vacía que se acepta sólo para determinar una consecuencia del delito que es la pena.

### **5.1. La conducta no es factor pretípico**

Plurales razones llevan a que, radicalmente, el añejo concepto de la conducta, como factor del que se predicaban elementos o características, haya desaparecido. Razones que pueden precisarse.

Ninguna discusión existe, en la actualidad, acerca de que cuanto conformaba la conducta pertenece o bien al tipo objetivo o al tipo subjetivo, tal como el mismo Welzel lo concretara en sostener que el tipo lo “constituye la mayor parte del tipo general (en sentido amplio), sobre todo en los delitos dolosos, en los cuales contiene una descripción precisa de los elementos objetivos y subjetivos de la acción, incluyendo el resultado [...]” (Welzel, 1987: 87).

Cierto es que Roxin y Jakobs propugnan por un concepto de acción pretípico, pero, bajo óptica bien diferente a los que lo han sostenido, como es que sólo cabe entender la acción como manifestación de la personalidad, lo que lo valida para todo el entorno del tipo.

En tal sentido Jakobs postuló, ante la controversia de que si bien acción y tipo gozan de “identidad” en cuanto a que son realizaciones mancomunadas, que ello no obsta para que sean tratados por separado como escalones del delito. Por ende:

sería desacertado dejar que el concepto de acción se deshiciera en el tipo, lo que se propone por gran parte de la doctrina con la fundamentación —en sí acertada— de que penalmente relevante es como pronto la realización del tipo. Y es que el concepto del tipo no se verifica, en absoluto *antes* del de acción; así pues, el problema de lo que es una acción no puede resolverse integrándola en el concepto del tipo. Aun cuando no se haga valer la pretensión de algunos finalistas de anteponer “la estructura final del actuar humano”, como “constitutiva por excelencia”, a las “normas penales”, queda por resolver lo que es acción. La solución ha de materializarse teniendo en cuenta las normas existentes, y no al contrario (p. ej., limitar los sujetos de la acción a las personas físicas no es ninguna característica específica pretípica del concepto de acción. Así entendida, *la acción es, en el delito de comisión, el máximo denominador común, y único, de absolutamente todos los tipos*. La acción se caracterizó supra (6/20 s.) como el concepto de lo que ha de definirse como un sujeto que puede comportarse defraudando expectativas, y de aquello que puede definirse como mundo configurado por este sujeto. Todos los tipos describen configuraciones del mundo que defraudan expectativas,

realizadas por sujetos; las condiciones de la acción son las condiciones mínimas de los tipos [...]. (Jakobs, 1997: 200)

Como se había adelantado, del mismo talante es Roxin, quien sostiene que “el concepto de acción como manifestación de la personalidad es idóneo como elemento básico, al abarcar todas las formas de manifestación de la conducta delictiva y, aparte de ello, todo lo que en el campo prejurídico tiene sentido calificar como ‘acciones’ [...]” (Roxin, 1971: 255).

Tan autorizadas opiniones bien pudieran dar al traste con nuestra postura y llevarnos a la retirada, sin embargo, contrario a ellos, como lo reconoce el mismo Jakobs, “gran parte de la doctrina” no los acompaña. Pues, por éstos se considera que no constituyen las tesis de aquellos aporte sustancial a la estructura del delito, que la explicación que dan para individualizar la conducta es cargada de generalizaciones incapaces de deslindar dicha independencia de la acción, mientras que, sin mayores esfuerzos, con la vigente estructura conceptual del delito se advierte la inclusión de la conducta en el tipo, tanto de su parte objetiva como de la subjetiva, y con estos nos alineamos.

Lo hacemos porque, efectivamente, la vieja voluntariedad del movimiento corporal pertenece al tipo subjetivo e igual la voluntad final. Así mismo, la causalidad, con cualquier concepto teórico que tratara de explicarla, y sus complementos modernos, el riesgo desaprobado y la posición de garante, corresponden al tipo objetivo, y, a éste, también, el resultado. Luego, nada queda para conformar la tradicional idea de conducta.

## **5.2. La culpabilidad pertenece a la teoría de la pena**

A pesar del afán por los autores de sostener el concepto de culpabilidad, como elemento diferenciador en la teoría del delito, tal vez por ese prurito de no rechazarlo como renunciando a que sea una categoría jurídico penal sino de buscarle fundamentos distintos (Muñoz Conde, 1984: 130), lo cierto es que del que fuera gran campo de batallas jurídicas, paralelo a la imputabilidad, bien poco queda.

Basta, para sostener el aserto, con recordar su evolución conceptual para llegar a la antes dicha conclusión.

Ciertamente, de la teoría psicológica, en la que se exigía una vinculación ídem entre el autor y su hecho sin la cual era imposible afirmar la relación que daba vida a ésta, la última categoría del delito, con sus especies el dolo y la culpa, bien sabido es que ni se valora de la misma forma ni se hace en el campo de la culpabilidad sino del tipo subjetivo. Del siguiente paso, con la teoría normativa de la culpabilidad, en la que se tienen en cuenta las circunstancias relevantes que acompañan el hecho, de tal forma que lo decisivo es la reprochabilidad, como capacidad de motivarse por la norma, a pesar de la cerrada defensa del finalismo llevado tal vez sólo por el apego a la tradición, difícilmente hay quien, hoy, se rasgue las vestiduras porque no se le dé el valor que en principio se pretendiera.

Frente a todos ellos, el funcionalismo, que, desde su obra *Problemas básicos del derecho penal*, llevara a proponer a Roxin que, los principios político-criminales de la teoría del fin de la pena son los que sustentan la categoría sistemática que comúnmente se denomina “culpabilidad” (Roxin, 1976: 209), postura que por haber tenido especial acogida, obliga, para salvar el entuerto, que se haga referencia, como par, a la culpabilidad y a la responsabilidad.

Sin duda, le asiste razón a Winfried Hassemer cuando, refiriéndose a la estructura ontológica de la acción finalista, sostiene que si esta consiste en la dirección final del proceso causal, entonces la participación interna en el suceso externo no pertenecerá al estadio de la culpabilidad, sino al de la acción, pues esta participación es el núcleo mismo de la acción lo que, en todo caso, representa para el estadio de la culpabilidad en la estructura del delito una sensible pérdida. Ese traslado al tipo, como su parte subjetiva, da lugar a que en la culpabilidad sólo quede una imagen vacía de contenido que es la reprochabilidad (Hassemer, 1984: 283) y, del normativismo, que al dejar en los fines de la pena la existencia de la culpabilidad, al concebir, así, el problema, a ella le quitan una buena parte de su anterior carácter, lo que se refleja en la modificación terminológica de “responsabilidad” en lugar de “culpabilidad” (Hassemer, 1984: 291).

Así, saliendo de la culpabilidad la vinculación psicológica de otrora, forjando el finalismo una imagen vacía al tenerla como simple reprochabilidad y, dejando el funcionalismo el contenido de la culpabilidad para la teoría de la pena, no cabe llegar a esa conclusión distinta de que el elemento culpabilidad carece de entidad suficiente como para ser considerado, siquiera, como categoría independiente en la estructura del delito.

## **6. Conclusión**

Una sociedad en permanente evolución no puede ser ajena al derecho penal. Una sociedad que se otea muy lejana a la igualdad de sus componentes requiere de leyes que busquen equiparar esa desigualdad que el mismo Estado ha sido incapaz de controlar. Por eso, cada día traerá quién busque las normas penales que sean capaces de regular comportamientos universales nacidos del seno de la misma sociedad pudiendo sostenerse que han surgido los primeros pasos para el derecho penal y que muy lejos estamos del último.

La ebullición de ideas, propia de una realidad que nos arrolla, es cuanto debemos permitir en procura de encontrar el camino que nos lleve a una Justicia universal, capaz de ser querida por todos, por quienes deben respetarla para beneficio general e individual.

No se aboga, en este escrito, por un dualismo en la estructura del delito bajo el criterio de Mezger o Sauer, marcado, en principio, con fines totalitarios, pretendidos cuando sobre la tipicidad se impone la antijuridicidad. Y menos por una antijuridicidad cargada de sesgos racistas o segregacionistas que sirven de garrote al tirano, como se trató en pro del nazismo, al estipular la estructura del delito como antijuridicidad “tipificada”. No, muy lejos de tal criterio porque, a nuestro juicio, en la estructura del delito se impone la tipicidad como desarrollo del principio universal de legalidad y, de allí, predicar luego la antijuridicidad.

Todo cuanto se ha discutido, hablado y escrito, en mucho más de un siglo de derecho penal liberal, queda comprendido, para entender el concepto del delito, en la tipicidad y en la antijuridicidad. Queda a ello

reducida la sistemática del delito, acorde con la realidad actual, exigente en negar tanta retórica, y partidaria de una práctica respetuosa de los derechos humanos sobre formulismos abstractos.

Efectivamente, se reitera, de la conducta o acción, en cuyo rededor se movieron la doctrina y la jurisprudencia, entendiendo que era de ella de la que se predicaban los elementos o características llamadas tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, para poder hablar de conducta punible, y que, por lo mismo, tenía que gozar de figuración pretípica, no es factible hoy en día continuar con tal postura conceptual sobre la conducta.

La acción no ha desaparecido, lo que ocurre es que no precede, en la sistemática, al tipo sino que pertenece a este. No se concibe el tipo sin acción o conducta. Uno de los elementos del tipo es la conducta. La conducta o acción es especie del tipo, por tanto, hablar de tipo es comprender la conducta con todos sus lineamientos, con todo cuanto la hace posible material, subjetiva o normativamente, bien como tipo objetivo o como tipo subjetivo.

De manera que si de precisar qué se entiende por delito no se requiere mencionar la conducta o acción primero sino, simplemente, a la tipicidad. El delito, en su definición inicial, no es conducta típica, el delito es tipicidad.

Y a ella, para completar la definición sistemática del delito, sólo debe agregársele la antijuridicidad: el delito es tipicidad y antijuridicidad.

Se insiste, lo afirmado es así porque, coherentes, tampoco cabe en la sistemática penal agregar la culpabilidad.

Para redundar en testimonios, a nuestro juicio, Claus Roxin inició el golpe de gracia a la culpabilidad, como característica del delito, al proponer que lo decisivo no es el poder actuar de otro modo (según Welzel) sino el que sea necesaria la sanción, que se quiera hacer responsable al autor, desde puntos de vista jurídico-penales por lo que, a su juicio, no cabe hablar de culpabilidad sino de responsabilidad basada en la teoría del fin de la pena (Roxin, 1976: 209 y ss.), posición en la

que se reitera (Roxin, 1997: 791 y ss.) y en la que lo acompaña Jakobs (1997: 55 y ss.).

Si bien, se observa, se ha superado el concepto psicológico de culpabilidad y el de reprochabilidad para que se mire desde el punto de vista de la sanción, de los fines de la pena, lo que implica que la culpabilidad virtualmente ha quedado vacía o, si se quiere, el juicio de culpabilidad conforma un “subsistema”, como dice Hassemer (1984: 292), que, no nos cansaremos de repetirlo, pertenece a la teoría de la pena y no del delito, de donde, definitivamente, ha desaparecido como elemento independiente.

Así, se concluye, absorbida la conducta o acción por el tipo y, habiendo perdido la culpabilidad todo cuanto la conformaba, para resolverse en otro campo, el delito no es más que tipicidad y antijuridicidad, que es lo que se ha pretendido demostrar con este trabajo, de pronto con excesiva reiteración, que no se descartó en aras de lograr el suficiente soporte que dejara en firme la propuesta.

### **Bibliografía**

- Agudelo Betancur, Nódier. *Curso de derecho penal*. Medellín: Ediciones Nuevo Foro Penal (1998).
- Bacigalupo, Enrique. *Manual de derecho penal*. Bogotá: Temis-Ilanud (1984).
- Bustos Ramírez, Juan. *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Bogotá: Temis (1982).
- Bustos Ramírez, Juan. *La imputación objetiva*. Bogotá: Temis (1989).
- Bustos Ramírez, Juan y Hernán Hormazábal Malarée. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Trotta (1999).
- Gómez López, Jesús Orlando. *Tratado de derecho penal* (3 T.). Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley (2001-2005).
- Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal*. Bogotá: Gustavo Ibáñez (2004).
- Graf zu Dohna, Alexander. *La estructura de la teoría del delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot (1958).

- Grosso García, Manuel Salvador. *Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito*. Bogotá: Gustavo Ibáñez (2001).
- Hassemer, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Ed. Bosch (1984).
- Jakobs, Gunther. *Derecho penal, parte general*. Madrid: Marcial Pons (1997).
- Jakobs, Gunther. *El sistema funcionalista del derecho penal*. Madrid: Grijley (2000).
- Jakobs, Gunther. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Madrid: Civitas (1999).
- Jakobs, Gunther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid: Civitas (1996).
- Köster, Mariana Sacher de. *Evolución del tipo subjetivo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (1998).
- Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel (1980).
- Lesch, Heiko Hartmut. *Injusto y culpabilidad en derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (2001).
- Lesch, Heiko Hartmut. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (1997).
- Mezger, Edmund. *Derecho penal*. Buenos Aires: Ed. Cárdenas (1985).
- Mir Puig, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Bosch (1979).
- Montealegre Lynett, Eduardo y Jorge Fernando Perdomo Torres. *Funcionalismo y normativismo penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (2006).
- Muñoz Conde, Francisco. *Derecho penal, parte general*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch (1996).
- Muñoz Conde, Francisco. *Teoría general del delito*. Bogotá: Temis (1984).
- Novoa Monreal, Eduardo. *Causalismo y finalismo en derecho penal*. Bogotá: Temis (1982).
- Roxin, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Madrid: Reus (1981).
- Roxin, Claus. *Derecho penal, parte general*. Madrid: Civitas (1997).
- Roxin, Claus. *Iniciación al derecho penal de hoy*. Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla (1981).

- Roxin, Claus. *Política criminal y sistema de derecho penal*. Barcelona: Bosch (1971).
- Roxin, Claus. *Problemas básicos de derecho penal*. Madrid: Reus (1976).
- Rudolphi, Hans-Joachim. *Causalidad e imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (1998).
- Salazar Marín, Mario. *Teoría del delito*. Bogotá: Gustavo Ibáñez (2007).
- Sancinetti, Marcelo A. *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (1998).
- Velásquez Velásquez, Fernando. *Manual de derecho penal*. Bogotá: Temis (2002).
- Welzel, Hans. *Derecho penal alemán*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile (1987).
- Welzel, Hans. *La teoría de la acción finalista*. Buenos Aires: Depalma (1951).
- Wessels, Johannes. *Derecho penal*. Buenos Aires: Depalma (1980).