

REFLEXIONES EN TORNO A LAS RELACIONES ENTRE LO FÁCTICO Y LO NORMATIVO EN LA TEORÍA DEL DELITO

MIGUEL ÁNGEL MUÑOZ GARCÍA*

RESUMEN

Las divergencias teóricas que se han suscitado entre los diferentes esquemas del delito han estado condicionadas por paradigmas epistemológicos distintos; de tal forma que es posible predicar una honda y abismal diferencia entre los esquemas de base ontologicista y el esquema funcional actual fundado en el normativismo. Empero, antes de la formulación explícita del nuevo paradigma existía ya una tendencia hacia la normativización. Lo cierto es que no es posible propender por una dogmática jurídico penal que prescinda totalmente de la realidad fáctica, ya que, desde el punto de vista de la teoría de la imputación objetiva, la causalidad, relación a la cual se le aplican los criterios normativos del derecho penal y de la sociedad, constituye un requisito indispensable para la determinación de la tipicidad en los delitos de resultado.

Palabras clave: imputación objetiva, causalidad, paradigma, diferencia, causalismo, finalismo, neokantismo, normativismo, realización del riesgo en el resultado, creación de riesgo no permitido, ontologismo

Fecha de recepción: 30 de abril de 2008
Fecha de aceptación: 29 de julio de 2008

* Estudiante de 10° semestre de la Pontificia Universidad Javeriana. Contacto tetraktys16@hotmail.com

THOUGHTS ON RELATIONS BETWEEN WHAT IS FACTUAL AND WHAT IS NORMATIVE IN THE THEORY OF CRIME

ABSTRACT

The theoretical divergences that have been provoked between the different schemes from the crime have been conditional by different epistemologic paradigms; consequently, it is posible to preach a deep and abysmal difference between schemes of ontologicist base and the present functional scheme founded on the normativism. However, before the formulation of the new paradigm already existed a tendency towards the normativization. Certainly, it is not possible to advocate by a dogmatic of criminal law that disregard absolutely of the factual reality, since, from the point of view of the theory of the objective imputation, the causality, relation to which normative criteria of the criminal law and the society are applied to him, it is a fundamental requirement for the determination of the tipicity in the result crimes.

Key words: *Objective imputation, causality, paradigm, difference, causalism, finalism, neokantism, normativism, accomplishment of the risk in the result, creation of non allowed risk, ontologism*

INTRODUCCIÓN

Una mirada detallada a la evolución histórica de la dogmática jurídico-penal permite afirmar que, evidentemente los esquemas dogmáticos han desarrollado su andamiaje teórico fundamental a partir de realidades o mundos diferentes: como paradigma teórico del causalismo y del finalismo la realidad que gozó de mayor atención por parte de los penalistas fue sin lugar a dudas la ontológica¹, de tal forma que en una

1 Con esta afirmación quiere darse a entender que en un momento de la evolución de la dogmática la ciencia del derecho penal “construye un concepto ontológico de delito en el cual el papel central lo desempeña el concepto de acción entendida como una realidad objetivo-material, más concretamente como un fenómeno tal y como lo entendía la física del momento”. GROSSO GARCÍA, MANUEL, Funcionalismo o normativismo en la nueva teoría del delito, en *Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito*. Bogotá: Grupo Ibáñez, 2006, pág. 30. Debe aclararse en este punto que “empírico” no es sinónimo de “ontológico”. “(...) lo ontológico es lo referente al conocimiento del ser y que no puede confundirse con lo fáctico o lo real. Los entes pueden ser reales o ideales”. CERESO MIR, JOSÉ, Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta, en *Derecho penal y sociedad*, t. I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 171. Lo ontológico como tal se predica de los seres reales (fácticos) e ideales. Por ende, a lo largo de la exposición se empleará el término ontológico, entendiendo que comprende también lo meramente fáctico, lo real.

época la teoría del delito giró en torno al concepto causal o final de acción². Pero en los últimos años, y esto es evidente si se observa el intempestivo desarrollo que ha tenido la teoría de la imputación objetiva desde las formulaciones funcionalistas más radicales, la realidad fáctica ha comenzado a declinar, a perder esa preeminencia como punto de partida de la teoría del delito, y ha empezado a cobrar importancia la realidad normativa pura. El funcionalismo jakobsiano propende por una dogmática libre de ataduras ontológicas o naturalísticas, pero lo cierto es que sería erróneo creer que, por lo menos desde el punto de vista de la imputación al tipo objetivo, es necesario prescindir completamente del concepto de causalidad (esencialmente fáctico), sobre todo en los delitos de resultado, en donde a partir de la acción se presenta un efecto en el mundo fenoménico.

La imputación al tipo objetivo es una teoría indicativa de la compenetración que tiene que establecerse entre el material empírico propio de la causalidad y los criterios normativos de imputación, en el momento de realizar el juicio de adecuación típica en los delitos de resultado. Por ende la causalidad no debe concebirse como un elemento extraño en la teoría del delito, sino como un factor fundamental que debe racionalizarse, en un primer momento, con la aplicación de criterios limitadores que permitan determinar la causa relevante generadora del resultado, para así, en un segundo momento, aplicar los criterios normativos del derecho penal y determinar finalmente la tipicidad. En ese orden de ideas, la teoría de la imputación objetiva nos muestra una de las tantas formas de relación que puede establecerse entre lo normativo y lo fáctico en el derecho penal³.

-
- 2 Ahora bien, es bastante conocido el intenso debate que no hace mucho sostuvieron causalistas y finalistas en torno a la estructura ideal de la teoría del delito. Lo que se puede entrever con un análisis concienzudo de la evolución histórica de tal teoría es que las diferencias entre los esquemas dogmáticos obedecen a un problema de fondo, y es que detrás de ellas hay una contraposición evidente de ideas filosóficas e incluso de paradigmas, que condicionan directamente la predilección por lo normativo o por lo fáctico.
 - 3 En un artículo reciente SANTIAGO MIR PUIG termina abordando las diferentes relaciones existentes entre lo normativo y lo fáctico (desde el punto de vista de la función del derecho penal, y de los elementos del delito). En tratándose de *la objektive zurechnung* afirma que “en los delitos de comisión activa, para que la lesión del bien jurídico pueda imputarse objetivamente a una persona (base objetiva de la posibilidad de culparle del mismo, como exige el principio de culpabilidad en sentido amplio), ha de haber sido *causada* por una conducta de la misma (elemento fáctico) que se encuentre en una determinada relación de *riesgo* con el resultado lesivo (el riesgo tiene una base fáctica, pero se calcula con arreglo al criterio normativo de un hombre prudente puesto en la situación del autor; el grado de riesgo necesario para no ser permitido es también normativo; asimismo, la determinación de si el riesgo se ha realizado en el resultado depende de una base fáctica y exige una apreciación normativa)”. MIR PUIG, SANTIAGO, Límites del normativismo en derecho penal, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-18 (2005) P. 18:18. (Sitio Web: criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf).

1. ONTOLOGISMO Y NORMATIVISMO EN LA TEORÍA DEL DELITO

La idea de una estructura o marco cognitivo limitador de la producción de un discurso científico o humanista explica por qué, usando la terminología empleada en algún lugar por JEAN-FRANCOIS LYOTARD⁴, entre los esquemas clásico (causalista), neoclásico y finalista no existe en realidad una *diferencia*, sino un *conflicto*. Bajo el supuesto de que existe una estructura de prejuicios e ideas que limitan y condicionan el sentido de los discursos en determinadas épocas de la historia⁵, tenemos que la *diferencia* hace las veces de confrontación entre dos perspectivas singulares sobre una misma cuestión o problema formuladas desde marcos conceptuales diferentes, esto es, desde paradigmas distintos. Por ende es posible contextualizar el debate (como *conflicto* o controversia dentro de una misma estructura epistemológica) entre el finalismo y el causalismo dentro de un mismo paradigma, determinado hondamente por las formulaciones del racionalismo moderno y del contractualismo: el ontologismo, esto es, la idea de que la teoría del delito debe girar en torno a un contenido ontológico determinado, la acción (comportamiento *libre y voluntario* modificador del mundo exterior). El conflicto subyacente al debate simplemente versa sobre una cuestión de énfasis; mientras para los causalistas lo esencial en la constitución de lo injusto en el delito es el resultado y la relación de causalidad entre éste y la acción, para los finalistas lo esencial es la finalidad referida a un tipo delictivo (dolo) inherente a la conducta humana⁶.

Ahora bien, hechas estas precisiones fundamentales, es necesario examinar cómo se ha desenvuelto históricamente la relación entre lo normativo y lo fáctico-ontológico, hasta llegar al ejemplo perfecto de vinculación (la teoría de la imputación objetiva), para vislumbrar el sentido último de esa evolución y tener elementos de juicio que permitan dilucidar el problema de si es posible una dogmática sin ontología, esto es, puramente normativa.

4 LYOTARD, JEAN-FRANCOIS, *La diferencia*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999, pág. 9.

5 Tal estructura de prejuicios e ideas es lo que FOUCAULT denomina *episteme* (lo que en el campo de la historia de la ciencia THOMAS KHUN denomina *paradigma*), y el procedimiento para analizarla se conoce como arqueología, que “es más bien un estudio que se esfuerza por reencontrar aquello a partir de lo cual han sido posibles conocimientos y teorías; según cual espacio de orden se ha constituido el saber; sobre el fondo de que *a priori histórico* y en qué elemento de positividad han podido aparecer las ideas, constituirse las ciencias, reflexionarse las experiencias en las filosofías, formarse las racionalidades para anularse y desvanecerse quizá pronto”. FOUCAULT, MICHEL, *Las palabras y las cosas*. México: Siglo XXI Editores, 1968, pág. 7.

6 GROSSO GARCÍA, *op. cit.*, pág. 31.

1.1. Los esquemas del ontologismo

1.1.1. Esquema clásico

El esquema clásico del delito de FRANZ VON LISZT, GUSTAV RADBRUCH y ERNST BELING, ideado a principios del siglo XX y fundamentado desde la perspectiva epistemológica en el positivismo científico de la segunda mitad del siglo XIX, optó por concebir al derecho positivo como objeto de observación científica, y desarrolló el concepto causal de acción como eje de su construcción dogmática. De LISZT parte la definición de acción como la modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos, y la consideración de la voluntad como mera inervación o impulso muscular cuyo contenido real se indaga en la categoría de culpabilidad⁷. Los causalistas definieron el delito por primera vez como conducta típica, antijurídica y culpable, pero escindieron el concepto en componentes subjetivos y objetivos⁸. Entendieron la tipicidad como categoría objetiva y descriptiva, la antijuridicidad como mero juicio valorativo formal indicativo de la falta de permiso para obrar, y la culpabilidad como nexo psicológico o relación subjetiva entre el hecho y el autor, a título de dolo o culpa. Pero sin lugar a dudas fue con la introducción del concepto causal de acción como los causalistas creyeron que podía aplicarse el método experimental en boga, para el derecho penal, junto con el estudio de la personalidad del delincuente, en el ámbito de la sociología criminal⁹.

El positivismo de finales del siglo XIX promovía la asunción del método experimental en la ciencia, entendida ésta como una actividad consistente en religar fenómenos entre sí, en asociar un efecto a una causa. El método experimental en auge para esa época pretendía religar los fenómenos naturales entre sí, de modo que pudieran formar una cadena y unos explicaran a los otros: bajo esta óptica la ciencia era vista como titular de una función de síntesis, de asociación, que suponía previamente por parte del investigador una labor de observación empírica y de análisis, de clasificación y desglose. Esta metodología fue introducida en el esquema del delito de LISZT y BELING en el análisis del concepto angular de toda la construcción,

7 AGUDELO, NÓDIER, *Curso de derecho penal. Esquemas del delito*. Bogotá: Ed. Temis, 2004, pág. 26.

8 Es decir, para la dogmática causalista en el delito hay dos grandes partes, una objetiva, conformada por la acción, la tipicidad y la antijuridicidad, y otra subjetiva, conformada por la culpabilidad.

9 “Como el concepto positivista de ciencia estaba en su apogeo, y ese concepto exigía perentoriamente el empleo de métodos naturalistas o experimentales, la salvación del derecho penal como ‘ciencia’ se vio en la aplicación a ella de ese método, lo que LISZT creyó cumplir, en primer término, con la introducción del concepto causal de acción, de un lado, en la teoría del delito, y de la personalidad del delincuente, del otro, en la sociología criminal”. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal fundamental*, t. I. Bogotá: Temis, 1993, pág. 226.

la *acción*, noción elaborada a partir de la relación de causalidad: es el impulso de la voluntad que genera un movimiento corporal (causa) que supone la causación de una modificación del mundo exterior perceptible sensorialmente (resultado). La acción se definía como la asociación de un efecto a una causa, según el ideal de síntesis del método experimental de ciencia.

1.1.2. Esquema neoclásico

Pero la continua evolución del pensamiento filosófico terminó consolidando un nuevo sustento teórico, el neokantismo, que no fue simplemente una especie de retorno a la filosofía crítica de KANT, sino que, adicionalmente, pretendió ser un claro intento de superación tanto del materialismo como del positivismo, corrientes preponderantes en la segunda mitad del siglo XIX. El esquema dogmático posterior al sistema clásico, denominado neoclásico, se sustentó filosóficamente en el neokantismo de la escuela de Baden o sudoccidental alemana, y en esa medida, modificó el rumbo estrictamente causal que seguía la dogmática de entonces, al implantar el método de las ciencias del espíritu y por consiguiente dar cabida a la introducción de elementos valorativos y normativos en las categorías del delito ya existentes. Para los neokantianos las ciencias del espíritu tienen un objeto determinado, esto es, las obras y caracteres del espíritu humano¹⁰, que suponen indefectiblemente significados y valoraciones¹¹; por ende su método, diametralmente opuesto al de las ciencias naturales, implica aprehender, entender y valorar significados y sentidos y aplicar las valoraciones a las obras y situaciones humanas¹².

Bajo esta mentalidad los penalistas neoclásicos (MAYER, MEZGER, HEGLER, FISCHER, FRANK) construyeron un esquema del delito que desplazó a la causalidad como concepto fundamental (aunque no descartó del todo el concepto causal de acción)¹³, y erigió como piedra angular de la estructura dogmática las valoraciones del espíritu. Por eso se afirmó por primera vez que el tipo penal estaba integrado de elementos normativos y subjetivos y que no era estrictamente objetivo, en la medida en que hay tipos que requieren para su aplicación, valoraciones de conceptos y expresiones

10 “(...) el hombre, la historia y la cultura poseen siempre una referencia a valores, y con esto un sentido. Para los juristas y jusfilósofos neokantianos, los fenómenos jurídicos hacen parte de los culturales y están referidos al valor. El valor, sin embargo, no es algo que esté en las cosas mismas, sino un sentido que el hombre les da, de suerte que el conocimiento de éste las transforma”. HANS WELZEL atacaría este postulado posteriormente. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Ibidem*, pág. 246.

11 LUZON PEÑA, DIEGO, *Iniciación a la teoría general del delito*. Managua: Editorial UCA, 1995, pág. 25.

12 LUZON PEÑA, *Ibidem*, P pág. 26; BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Introducción al derecho penal*. Bogotá; Temis, 2004, pág. 177 y sigs.

13 El concepto neoclásico de acción formulado por MEZGER es un concepto valorativo pero de base naturalista.

de contenido social y cultural. Uno de los puntos más criticables del esquema causalista era su incapacidad de abordar bajo el prisma del concepto causal de acción fenómenos tan complejos como el de la omisión: de hecho LISZT recurrió a una explicación forzada y poco convincente del mismo¹⁴, desconociendo que la esencia de la conducta omisiva radica fundamentalmente en la no evitación de un resultado que se tenía el deber jurídico de impedir. Hablábamos aquí ya de la introducción de un criterio normativo fundamental susceptible de comprensión *a priori* (independiente de toda experiencia), el deber jurídico de actuar, que supuso una explicación razonable del delito de omisión por culpa inconsciente, en donde físicamente no pasa nada¹⁵.

La concepción psicológica de la culpabilidad propia del causalismo no fue sustituida del todo por la dogmática de inspiración neokantiana, pero se introdujo un elemento normativo fundamental, el juicio de reproche; de ahí surgiría la concepción psicológico-normativa, que definió a la culpabilidad como un juicio de reproche hecho al sujeto que pudo acomodar su conducta conforme a derecho y no lo hizo. Este planteamiento supuso inferir que la culpabilidad no siempre implicaba un nexo psicológico entre el autor y el hecho a título de dolo o culpa, ya que en determinados casos, dada la concurrencia de ciertas circunstancias especiales al momento de realizar la conducta típica, no puede derivarse juicio de reproche alguno (apelando a la figura de la no exigibilidad de otra conducta)¹⁶. Igualmente, como en el caso de la culpa inconsciente, es posible que exista culpabilidad sin que medie nexo psicológico alguno, en el entendido de que el derecho penal sanciona la negligencia del sujeto por no prever lo previsible. No obstante, el dolo o la culpa siguieron siendo considerados, por parte de los penalistas neoclásicos, elementos de la culpabilidad, sólo que importaba además el juicio de reproche a quien pudo comportarse conforme a derecho y no lo hizo, y por supuesto, la imputabilidad.

14 LISZT hablaba de la distensión muscular como forma de explicar el fenómeno de la omisión (que incluso aun podía dar fundamento a la culpa consciente). Pero más absurda resultó su explicación del delito de injuria, cuyo fundamento reside en una valoración de tinte sociocultural negativa percibida por el sujeto pasivo, y no en la producción de “vibraciones en el aire” y procesos fisiológicos.

15 AGUDELO, NÓDIER, *Curso de derecho penal. Esquemas del delito*. Bogotá: Ed. Temis, 2004, pág. 37.

16 Hay determinadas circunstancias en las cuales no es posible exigirle a la persona un comportamiento acorde con los lineamientos del derecho. Leamos la explicación de MAURACH sobre el clásico caso de la tabla de CARNEADES: “(...) si esa tabla es insuficiente para soportar el peso de dos naufragos, A y B y si A lanza a B al agua, para salvarse él, es innegable que A dio muerte a B y actuó con dolo. Pero es del mismo modo incontestable que A, a pesar de su dolo, obró sin culpabilidad: en caso tan anormal la ley pierde su carácter de norma imperativa, pues estamos frente a una situación en la cual es preciso hablar de la no exigibilidad de una conducta según la norma ya que la ley no se dicta para héroes de un altruismo ilimitado, sino para el hombre medio”. MAURACH, REINHART, *El concepto finalista de acción, en Tres conferencias*. Bogotá: Revista de la Universidad Externado de Colombia, vol. VI, diciembre de 1965, pág. 192.

Puede claramente entreverse que tanto la estructura del delito clásica como neoclásica diferían ostensiblemente en el contenido dado a cada una de las categorías de la dogmática, aunque evidentemente el asiento conceptual definitivo de la teoría del delito (el ontologismo) estaba definido¹⁷. No obstante, en el fondo se terminaron postulando formas de relación entre lo normativo y lo fáctico realmente opuestas: la escuela clásica optó por fundamentar sus tesis en lo meramente causal y en la acción naturalística, por lo que descuidó lo normativo considerablemente, aunque concibió la antijuridicidad como juicio valorativo. Pero entendió cumplido el juicio de adecuación típica con la comprobación del nexo causal, y la culpabilidad la redujo a un nexo psicológico en términos de causa-efecto entre el autor y el hecho¹⁸. La invocación de valoraciones culturales y provenientes de normas jurídicas fue prácticamente nula al centrar el fundamento de la construcción en la acción causal, por eso este esquema se volcó totalmente hacia lo fáctico descuidando lo normativo. En cambio, la estructura dogmática de inspiración neokantiana introdujo elementos normativos provenientes de la naturaleza de las normas (v.gr, el deber jurídico de impedir un resultado en la omisión, la no exigibilidad de otra conducta) y valoraciones de orden cultural a la hora de abordar el estudio del tipo y la tipicidad¹⁹.

A partir del concepto causal de acción propio de los esquemas clásico y neoclásico la causalidad, bajo el análisis de la teoría de la equivalencia, fue considerada el elemento fundamental para la determinación de la tipicidad. Con el predominio de tal naturalismo penal se impuso la fórmula de la *condicio sine qua non*, pero la incontrolable irrupción del neokantismo permitió limitar los alcances de ésta con la teoría de la adecuación, fundada por V. KRIES y desarrollada posteriormente por TRAEGER²⁰. Conocida también como teoría de la causalidad adecuada, consideraba que la causa de un resultado es la que, según la experiencia general es *adecuada* para la producción del resultado. La teoría de la *relevancia típica* (Mezger), finalmente, sostuvo que la conexión causal debía ser relevante jurídicamente, partiendo de una correcta interpretación del tipo penal. Estas dos últimas teorías introdujeron criterios adicionales que pretendían limitar la extensión y los efectos de

17 Con el paradigma definido, “lo que luego hacen el neokantismo y el finalismo, es acomodarse a las variables que diversas escuelas de pensamiento filosófico iban introduciendo al modelo newtoniano-kantiano imperante en el pensamiento occidental”. GROSSO GARCÍA, *op. cit.*, pág. 32.

18 JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA resume perfectamente en pocas líneas la esencia del esquema causalista: “(...) se caracteriza primordialmente, por sostener un concepto causal mecanicista de la acción humana, correlativo a una concepción psicologista de la culpabilidad como causación síquica o nexo psíquico; la antijuridicidad es causación de daño o peligro al bien jurídico y la tipicidad producción de un resultado jurídico penalmente relevante. Hay pues, causalidad de principio a fin”. FERNÁNDEZ C., JUAN, *Derecho penal fundamental*, t. I. Bogotá: Temis, 1993; pág. 224.

19 Por ejemplo, para aplicar el tipo penal de injuria y realizar el juicio de adecuación típica respectivo, se debe analizar lo que puede entenderse en nuestro entorno cultural como “imputación deshonrosa”.

20 SCHÜNEMANN, BERND, Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva, en *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2007, pág. 23 y sigs.

la teoría de la equivalencia de las condiciones, con miras a evitar la extensión hasta el infinito de las cadenas causales.

1.1.3. Esquema finalista

El finalismo (WELZEL, STRATENWERTH, MAURACH) supuso un tenue cambio de enfoque, porque abordó de forma particular el problema de la causalidad mediante la creación de una ontología general susceptible de explicar el fundamento de cualquier actuar humano. Toda acción, según WELZEL, es ejercicio de actividad final: el ser humano actúa guiado por fines, que de forma previa se ha propuesto mentalmente, y desata procesos causales para concretarlos en el mundo real. La causalidad promovida por el ser humano a través de los medios (previamente elegidos en la conciencia) difiere absolutamente de cualquier otro proceso causal dinámico de la realidad exterior, en la medida en que la primera pretende el logro del resultado final querido, o en últimas es guiada siempre por la finalidad propuesta. Por ello dice WELZEL claramente que mientras la actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, el acontecer causal, nunca dirigido por un fin, “es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso”²¹. Siendo toda acción humana actividad final, guiada por un fin impuesto en el plano del pensamiento, el dolo es la especie de acción final recogida en el tipo penal, prevista como punible en la ley, por razones de conveniencia social (matar, robar, falsificar, destruir, etc.); el dolo es la concreción de un fin en el tipo, por ende la acción dolosa es una especie del género ontológico fundamental, la acción final.

El finalismo movió una serie de fichas clave en la teoría del delito, en tanto que, por un lado, implicó el “traslado” del dolo (que en los esquemas causalista y neoclásico era concebido, o como una forma de culpabilidad, o como parte integrante de la misma) a la categoría dogmática de acción²² (y por ende a la tipicidad), según la significación ontológica dada por WELZEL a la misma: de ahí surgiría la distinción, en sede de tipicidad, entre tipo objetivo y tipo subjetivo, por lo que el establecimiento de la conducta típica quedó condicionado a la verificación del contenido de la voluntad, es decir, a la averiguación del fin del sujeto. Igualmente fue radical el cambio de

21 WELZEL, HANS, *Derecho penal alemán*. Chile: Ediciones jurídicas del sur, 1980, pág. 53.

22 Refiriéndose a las consecuencias dogmáticas de la doctrina de la acción causal, WELZEL afirma que en los delitos dolosos “desconoce que el dolo es una especie de voluntad final de realización, a saber, la voluntad final de realización de las ‘circunstancias de hecho de un tipo legal’; que el dolo, por consiguiente, como elemento de la acción, es ya una parte integrante de la acción típica y que ésta se compone, por tanto, de elementos objetivos (externos) y subjetivos (ánimicos)”. WELZEL, HANS, *El nuevo sistema de derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006, págs. 53-54.

enfoque que el finalismo le imprimió al elemento antijuridicidad con la formulación del concepto de desvalor de acción como espina dorsal del injusto²³.

El esquema dogmático finalista, a pesar de su denominación tradicional como sistema netamente ontológico (recuérdese también la teoría de las estructuras lógico-objetivas, condicionantes ontológicos que debe tener en cuenta el legislador, tales como la acción final o la dignidad humana), en cierta forma sintió inclinación hacia lo normativo, con la introducción de conceptos tales como el desvalor de acción, el principio de la adecuación social²⁴ y la vulneración del deber objetivo de cuidado en la dirección de la voluntad (como fundamento del delito culposo). La causalidad quedó reducida al papel de simple subordinada del entendimiento humano, es decir, como una especie de medio controlado por un sujeto que se ha fijado previamente unos fines concretos. Por ende todo proceso causal desatado por el hombre no reviste por sí solo el carácter de fundamento de imputación a un tipo determinado, porque se requiere la dilucidación de la finalidad que guiaba la producción del suceso. En otras palabras, si para los causalistas y neoclásicos el dolo como nexo psíquico era un problema abordado en sede de culpabilidad (aunque estos últimos consideraron al dolo y a la culpa como elementos de la misma, junto con el juicio de reproche y la imputabilidad) para los finalistas el dolo es elemento fundamental del tipo²⁵, por ende la tipicidad requiere la constatación de la intención real del supuesto autor, es decir, el fin que se propuso con su quehacer causal.

23 La innovación finalista en el ámbito de la antijuridicidad se hizo con la formulación del concepto de *desvalor de acción* como fundamento del injusto, ya que una conducta típica puede ser considerada antijurídica por la valoración negativa de la misma teniendo en cuenta el fin que se había propuesto el autor. Es decir, para la configuración del injusto no se requiere necesariamente, según WELZEL, el desvalor de resultado, sino el desvalor (juicio negativo de valor) de la *acción* encaminada a la producción del resultado de lesión o de peligro, en tanto que vista desde el punto de vista de la finalidad del sujeto. Parece ser éste el fundamento dogmático de un conocidísimo dispositivo amplificador del tipo penal, la tentativa, mediante el cual el derecho penal interviene sobre los comportamientos que no suponen la consecución del resultado típico concreto, pero han implicado un riesgo para el bien jurídico como tal. BACIGALUPO, ENRIQUE, *Lineamientos de la teoría del delito*. Buenos Aires: Hammurabi, 1994, págs. 52-53.

24 ROXIN alude a WELZEL para indicar como erróneamente el problema de la imputación al tipo terminó, en el caso clásico de la tormenta, solucionándose apelando a la inexistencia del dolo. Pero WELZEL en un texto de 1939 (*Studien zum System des Strafrechts*) acudió al concepto de la adecuación social para excluir la imputación al tipo de homicidio, en la medida en que convencer a otra persona para dar un paseo en medio de la tormenta es una conducta adecuada socialmente. Este criterio, en palabras de SCHÜNEMANN, “tuvo en los inicios del finalismo la misma función que hoy ha adquirido la teoría de la imputación objetiva”. SCHÜNEMANN, *op. cit.*, pág. 26.

25 “El dolo es, sin duda alguna, un elemento del tipo, sin el cual no puede ser constatada la tipicidad del acontecer externo”. WELZEL, *El nuevo sistema de derecho penal*, *op. cit.*, pág. 99. Aunque no es del todo cierto que WELZEL haya sido el primero en concebir un concepto finalista de acción, ya que dentro de la historia de la teoría del tipo hay que recordar a HEINRICH LUDEN, quien desarrolló una construcción bipartita del tipo al hacer la distinción entre el aspecto objetivo y el tipo subjetivo, compuesto por el dolo y la culpa. AMBOS, KAI. 100 años de la “teoría del delito de Beling”. ¿Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional?, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2007, núm. 09-05, pág. 05:4. (<http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Person/doc/Beling.pdf>)

1.2. El normativismo como nuevo paradigma

El normativismo o funcionalismo intenta reconducir el rumbo de la dogmática jurídico-penal, que se encontraba, entre los años cincuenta y sesenta del siglo XX, bajo el vaivén sin fin de los postulados causalistas y finalistas, embarcados en un paradigma de corte puramente ontologicista. La nueva metodología busca desvincular a la teoría del delito de fundamentaciones de tipo ontológico, y considera que el delito y sus categorías son construcciones sociales, en donde “las reglas y los conceptos no están predeterminados al derecho penal y a la ciencia del derecho penal, sino que son creados autónomamente por sí mismos”²⁶, teniendo en cuenta la estructura de la sociedad, la función del derecho penal y los fines de la pena estatal. En medio del “conflicto” perenne fueron CLAUS ROXIN y GÜNTHER JAKOBS los principales artífices del “revolcón” fundamental en tratándose del modelo metodológico que la teoría del delito debe seguir, y en cuya virtud el delito como tal no debe construirse con base en meros datos naturalistas, como la causalidad o el dolo, sino con fundamento en criterios normativos propios del ordenamiento jurídico y de la sociedad humana, tales como el *riesgo permitido* o el *quebrantamiento del rol social*. No se trata, sin embargo, hablando del funcionalismo, de un esquema único idéntico en sus ideas estructurales, en la medida en que entre el funcionalismo jakobsiano y roxiniano existen notables diferencias a pesar del gran fundamento metodológico que los comunica²⁷.

El sistema de Roxin, denominado racional-final o teleológico (conocido también como funcionalismo moderado), propende por una dogmática penal que, sin desvincularse completamente de condicionamientos ontológicos, pueda ser susceptible de influencia por consideraciones de política criminal. Este fue quizás el gran aporte del pensamiento del jurista alemán: un sistema del derecho penal estructurado teleológicamente, a partir de valoraciones de política criminal, permite evitar soluciones dogmáticas abstractas y farragosas, producto de un excesivo *esprit de système*, que atenten contra el principio de la corrección material y la justicia en el caso concreto; “¿De qué sirve la solución de un problema jurídico, que a pesar de su hermosa claridad y uniformidad es, desde el punto de vista político criminal, erróneo?”²⁸. ROXIN, a partir de esta exigencia de principio, introduce algunos

26 FELIJO SÁNCHEZ, BERNARDO. *Normativización del derecho penal y realidad social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 56.

27 Los defensores del sistema racional-final (o teleológico) o “funcional” están de acuerdo en “rechazar el punto de partida del sistema finalista y parten de la hipótesis de que la formación del sistema jurídico penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc.) sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del derecho penal”. ROXIN, CLAUS, *Derecho penal, parte general*, t. I. Madrid: Ed. Civitas, 1997, pág. 203.

28 ROXIN, citado por BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Introducción al derecho penal*. Bogotá: Temis, 2004, pág. 215; ROXIN, *op. cit.*, pág. 217.

conceptos dogmáticos fundamentales en las categorías ya conocidas, como el de “realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma”, sustento esencial de la teoría de la imputación al tipo objetivo, cuyos contornos esenciales definió por primera vez; contribuyó igualmente a la reelaboración de la categoría dogmática de culpabilidad, al exigir la comprobación de la necesidad de la pena, esto es, el examen de necesidad y justicia según la teoría de los fines de la pena.

Por otro lado, el funcionalismo radical de GÜNTHER JAKOBS postula una absoluta normativización de la teoría del delito que prescinda de toda clase de condicionamientos naturalistas: para JAKOBS, “ya no debería intentarse construir el delito tan sólo con base en datos naturalistas –causalidad, dolo–; por el contrario, es esencial que concorra el quebrantamiento de un rol”²⁹. Este funcionalismo parte de algunos supuestos teóricos en donde puede entreverse claramente la influencia decisiva de la teoría de los sistemas de Luhmann y de la filosofía del derecho de HEGEL, cuya teoría de la pena ha ejercido una influencia determinante en su concepción de la finalidad de la pena estatal como confirmación de la identidad normativa de la sociedad³⁰. Según JAKOBS en la sociedad cada persona cumple un rol determinado, en virtud del cual administra un segmento del mundo social. En la medida en que es imposible concebir el desarrollo de la sociedad sin asumir una serie de riesgos inherentes a la misma (a la “configuración social”), ha de admitirse la existencia de un riesgo permitido cuya fuente principal es precisamente lo “socialmente adecuado”, legitimado históricamente, pero recogido por el derecho³¹, de tal suerte que son las normas que determinan la práctica las que hacen parte del riesgo permitido. Bajo el entendido de que cuando una persona actúa conscientemente según su rol social se encuentra dentro del ámbito del riesgo permitido, resulta entonces que se erige con el funcionalismo radical de JAKOBS como fundamento de imputación un concepto eminentemente normativo: el quebrantamiento de un rol, por ende la simple causación o causación dolosa es insuficiente para fundamentar por sí sola la imputación; “sólo se imputan aquellas

29 JAKOBS, GÜNTHER, *La imputación objetiva en derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, pág. 30.

30 La teoría de la pena ha tenido diferentes formulaciones a lo largo de la obra del jurista alemán. Al respecto véase: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL, *La teoría de la pena de GÜNTHER JAKOBS*, en *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*. Bogotá: Legis, 2005, pág. 28 y sigs.

31 Para JAKOBS lo *socialmente adecuado* (esto es, la configuración social, el conjunto de comportamientos adecuados socialmente) no legitima el derecho; es “legitimado históricamente”, y “redondeado jurídicamente”. Las normas (criterio de imputación fundamental en la obra de ROXIN, en la medida en que delimitan el riesgo permitido) constituyen entonces, sino el fundamento de legitimidad del riesgo permitido, el criterio necesario para su identificación, cuestión fundamental. JAKOBS, *op. cit.*, pág. 49.

desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol³².

Por consiguiente una concepción normativa del delito considera que no es la simple relación causal lo relevante para el derecho penal en primer término; tampoco el empleo de criterios ontológicos encaminados a la distinción de una parte objetiva y subjetiva de la conducta (el aporte del padre del finalismo) garantiza con certeza una correcta selección de los comportamientos que deben permanecer al margen del derecho penal y que deben ingresar a él. Entonces surge la pregunta: ¿qué es aquello que debe marcar la “puerta de ingreso” al ordenamiento jurídico-penal dentro de la nueva concepción? No es la mera coincidencia externa de la conducta con una descripción típica, ni la intencionalidad dirigida al resultado típico, ni la causalidad (cuyo aporte de todas formas no puede ser subvalorado), ni siquiera la perceptible existencia de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino “la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, esto es, el despliegue de un comportamiento no cubierto por un riesgo permitido y que no es esperable de un ser social en determinadas circunstancias”³³. Asistimos pues, con el funcionalismo como nueva *episteme*, al ocaso final de los esquemas ontológicos no hace mucho dominantes de la discusión dogmática.

La adopción de una teoría del delito normativa apareja desde luego un cambio notable en la interpretación de las categorías dogmáticas tradicionales, dependiendo de la línea de funcionalismo que se siga. Siguiendo la más “radical”, la de JAKOBS y su teoría de los roles, la tipicidad debe determinarse de conformidad con el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y las autopuestas en peligro³⁴, siendo la causalidad el “mínimo de la imputación objetiva del resultado”³⁵. La posición de garante constituye una noción común predicable de los tipos de acción y de omisión, dolosos y culposos, con fundamento en la defraudación de las

32 JAKOBS, *op. cit.*, pág. 26.

33 “Todas aquellas conductas que se mantengan dentro del riesgo permitido carecen de interés para el derecho penal, aun cuando externamente coincidan con descripciones típicas, hayan estado intencionalmente dirigidas a la lesión de un bien jurídico y efectivamente lo hayan destruido” REYES ALVARADO, YESID. Ubicación del dolo y la imprudencia en una concepción normativa de la teoría del delito, en *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*. Bogotá: Legis, 2005, pág. 532 y sigs; también REYES, YESID. *Imputación objetiva*, 3ª ed. Bogotá: Temis, 2005, pág. 67.

34 JAKOBS, *op. cit.*, pág. 32 y sigs; ZAFFARONI, EUGENIO; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO. *Derecho penal, Parte general*, 2ª ed. Buenos Aires: Ed. Ediar, 2002; pág. 473.

35 ZAFFARONI, *Ibidem*, pág. 473; VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Manual de derecho penal, parte general*, 3ª ed. Bogotá: Comlibros, 2007; pág. 228.

expectativas provenientes de ámbitos de competencia³⁶. El injusto, definido como comportamiento típico evitable no justificado (antijurídico), defraudador del rol, infiel frente a la norma, se erige como elemento esencial para la “imputación como culpabilidad”. Esta conceptualización propia del normativismo libre de empirismo, atacada por su vaguedad, artificialidad y circularidad³⁷, merece un análisis riguroso y crítico, y sobre todo una lectura que no prescinda de las aportaciones dogmáticas del paradigma ontologicista, en la medida en que los dos puntos de vista (normativo y ontologista) se complementan³⁸.

Como se ha visto, necesariamente en todos los esquemas del delito, independientemente de la episteme de que se trate (que, por supuesto, ha condicionado la preferencia por lo normativo o por lo ontológico), se han ido estableciendo conceptos normativos, valoraciones jurídicas en orden a la estructuración de la teoría del delito a aplicar al caso concreto; empero, en buena hora hemos dado el paso hacia una dogmática funcionalista que, por un lado, vincula la dogmática con la política criminal (conquista excepcional), y por otro, descarta la causalidad (o el dolo) como criterio exclusivo de imputación, pero que no la excluye, porque se trata de una condición fáctica necesaria en los delitos que, como el homicidio, exigen un resultado ontológico previo para verificar la existencia de la creación de un riesgo no permitido

36 “Actualmente, el juicio de imputación se fundamenta en la delimitación de ámbitos de competencia: sólo se responde por las conductas o resultados que debo desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen de mi ámbito de responsabilidad y que se desprenden de los alcances de la posición de garante”. MONTEALEGRE, EDUARDO y PERDOMO, JORGE FERNANDO. *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 49. La competencia en virtud de organización se presenta cuando se ha creado peligro para los bienes jurídicos, mientras que la competencia en virtud de institución supone la existencia de deberes jurídicos derivados de un estatus previo.

37 Principalmente, SCHÜNEMANN, BERND. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal, en *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2007, pág. 90 y sigs.

38 El ejemplo por antonomasia lo constituye la teoría de la imputación objetiva, en la medida en que el normativismo, independientemente de la variante de que se trate, ha hecho hincapié en la causalidad como elemento mínimo para toda imputación al tipo objetivo en los delitos de resultado; es necesario decidir qué estructuras de la realidad son jurídicamente relevantes, función del nuevo paradigma que debe arrancar siempre del nexo causal y de los hechos del mundo real. Igualmente, se ha reconocido la necesidad de seguir haciendo referencia al elemento subjetivo del delito (tipo subjetivo) en los términos del ontologismo tradicional, a pesar de los embates del normativismo radical, esquema que, según CUELLO CONTRERAS, no puede prescindir de conceptos como el dolo, el plan del autor en la tentativa o los conocimientos del mismo: “Ahora bien, todo juez que deba resolver un caso penal, y haya de concretar cuando ha habido *evitabilidad*, y como ha de graduarse la mayor *evitabilidad*, no va a encontrar mejor criterio que el acuñado por la doctrina a lo largo de los años para distinguir entre el dolo directo de primer grado y la imprudencia inconsciente, pasando por el dolo directo de segundo grado, el dolo eventual y la imprudencia consciente (...)”. CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN. Fundamentos para un sistema lógico-funcional de derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, n° 08-01, pág. 01:14 (<http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-01.pdf>)

(jurídicamente desaprobado en la medida en que contraviene el orden del riesgo permitido, v.gr., el rol social, las normas de cuidado, los reglamentos, la *lex artis*, etc.) y la concreción del mismo en el resultado. Lógicamente es imposible acudir a estos criterios sin la producción del resultado ontológico muerte. Como anillo al dedo de nuestra posición resulta ser la conclusión de SCHÜNEMANN: “En una aplicación correcta de la dogmática jurídico-penal, los puntos de vista normativista y ontologista no se excluyen entre sí, sino que se complementan uno al otro”³⁹. Igualmente, se puede concluir que no fue precisamente el cambio intempestivo de paradigma el único factor que impulsó la normativización definitiva de la dogmática jurídico-penal, sino que la evolución de la teoría del delito fue imponiendo la necesidad de incorporar elementos normativos a pesar del paradigma ontologicista predominante, en tanto que neokantianos y finalistas empezaron a incorporar criterios de valor a las categorías del simple esquema causalista.

2. LA EXIGENCIA DE ELEMENTOS FÁCTICOS Y NORMATIVOS EN LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

La imputación objetiva se ha concebido tradicionalmente por la doctrina mayoritaria, como una teoría de la imputación del resultado, en donde el análisis se concentra principalmente en las conductas que producen una modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos. No obstante, un sector minoritario de la dogmática alemana (JAKOBS, FRISCH) pretende entenderla como una teoría general del tipo penal⁴⁰, idea que probablemente no tardará en alcanzar plena aceptación dado el paradigma normativo actual. A continuación se examinará la perspectiva dominante.

RICHARD HONIG en un famoso texto de 1930 intitulado *Causalidad e imputación objetiva*, cuestionaba la idea de que la mera comprobación del nexo causal fuera suficiente en la ciencia del derecho para imputar a una persona un determinado resultado y advirtió que “la cuestión jurídica fundamental propiamente dicha no consiste en averiguar si se dan determinadas circunstancias, sino en establecer los *criterios* conforme a los cuales queremos imputar determinados resultados a una persona”⁴¹. Con esto HONIG abogaba por la elaboración de criterios normativos de

39 “En efecto, el punto de partida normativo decide qué estructuras de la realidad son relevantes jurídicamente. Al mismo tiempo, en el ulterior desarrollo y concretización de los principios normativos deben ser tomados en consideración los detalles de la estructura de aquel sector de la realidad que es declarado normativamente como relevante”. SCHÜNEMANN, *op. cit.*, pág. 107.

40 CANCIO MELIÁ, MANUEL. Aproximación a la teoría de la imputación objetiva, en *Derecho penal y sociedad*, t. I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 234.

41 ROXIN, CLAUDIUS. Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal. en *Problemas básicos de derecho penal*. Madrid: Reus S.A., 1976, pág. 128.

imputación con miras a no hacer depender totalmente la adecuación típica de la idea de causalidad propia de las ciencias naturales. La imputación objetiva supone que la relación de causalidad existente entre la acción y el resultado no es suficiente para la realización del tipo penal, por ello es una teoría reaccionaria frente a la dogmática antigua, que pensaba que con la causalidad de la conducta del autor respecto del resultado se cumplía el tipo objetivo⁴².

La teoría de la imputación objetiva pretende resolver, dentro de la categoría jurídica de la tipicidad, el problema mismo de la realización del tipo, del juicio de adecuación típica entre un comportamiento y la descripción de la conducta prohibida, en el escenario mismo de los delitos de resultado. En otras palabras, la tipicidad en los delitos de lesión requiere la comprobación de que acción y resultado (componentes del tipo objetivo) “se encuentran en una *relación* tal que sea posible sostener que el resultado es producto de la acción”⁴³. Pero tal relación pretendida es de naturaleza normativa (esto es, la creación y realización del riesgo no permitido en el resultado), mas no causal, ya que se trata de comprobar la tipicidad del resultado a través de la reconducción normativa de éste último con la conducta. Es decir, la verificación de la tipicidad exige que ese riesgo jurídicamente desaprobado creado por el autor, en la medida en que supera el ámbito del riesgo permitido, se realice o concrete en el resultado típico, fundamentación ésta puramente normativa que se vale, empíricamente hablando, del proceso causal real. De hecho podría pensarse que la teoría de la imputación objetiva es una reformulación del concepto de causalidad, pero en realidad lo que hace es tomar el fenómeno fáctico para moldearlo normativamente en orden a la determinación de la tipicidad, de acuerdo a conceptos dogmáticos que remiten no sólo al ordenamiento jurídico (v.gr., la noción de riesgo permitido), sino también a la estructura y función de la sociedad (v.gr., la posición de garante derivada de una relación institucional, o el principio de confianza, según el cual puede esperarse que las demás personas en el tráfico social cumplirán las expectativas derivadas de su rol⁴⁴). El elemento “acción” del nexo causal toma un significado social y jurídico específico, y se concibe normativamente como creación de riesgo jurídicamente desaprobado si excede ese riesgo permitido; es decir, en últimas se toma lo fáctico como objeto de valoración.

42 Aún así, “la causalidad es un elemento fundamental pero no suficiente para determinar la imputación del resultado”. ROXIN, CLAUS. *Derecho penal*, parte general, t. I. Madrid: Ed. Civitas, 1997, pág. 363.

43 BACIGALUPO, ENRIQUE. *Lineamientos de la teoría del delito*. Buenos Aires: Hammurabi, 1994, pág. 72.

44 De tal forma que, por ejemplo, si un paciente muere a causa de una intervención quirúrgica que el médico tratante realiza con base en exámenes clínicos mal elaborados por un laboratorio, o por falta de esterilización adecuada por parte de la enfermera encargada, no puede afirmarse que el médico ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, ya que podía éste legítimamente confiar en que los demás intervinientes del quehacer médico en el caso concreto se comportarían de acuerdo a los deberes inherentes a su rol. LÓPEZ, CLAUDIA. *Introducción a la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, pág. 116.

La teoría de la imputación objetiva, como se puede deducir, no pretende desmantelar el concepto de causalidad, ya que constituye éste el criterio inicial para la realización del tipo⁴⁵. Más bien podría concebirse como una teoría del nexo causal, una metodología que pretende abordar el problema de la causalidad. Ahora bien, de acuerdo a la evolución que ha experimentado la física teórica, es necesario contemplar el nexo causal como un vínculo de mera probabilidad y no de certeza absoluta, ya que la ley general causal no es en modo alguno infalible en un universo relativamente caótico, pero definitivamente no determinista⁴⁶. En cierta forma, lo que se denomina “realización del riesgo en el resultado” vino con el normativismo a convertirse en un concepto sustituto del criterio naturalista de causalidad basado en la certeza⁴⁷.

La imputación al tipo objetivo implica comprobar, en un primer nivel de análisis, la relación de causalidad entre la acción desplegada y el resultado. Para tal fin es necesario acudir a las teorías de la causalidad que han pretendido igualmente tratar el problema de cómo atribuir un resultado a una persona como producto de su acción, mediante la determinación exclusiva de un vínculo de naturaleza causal. Una vez comprobada tal relación, la siguiente exigencia en el método de imputación estriba en el establecimiento de un vínculo de naturaleza normativa⁴⁸ (la noción de riesgo jurídicamente desaprobado y realizado), en donde se empiezan a aplicar con rigor los principios de la imputación objetiva. De lo que se trata en últimas es de someter el objeto fáctico de la causalidad a los criterios de valoración que surgen

45 “El fundamento para la imputación del resultado está conformado por la existencia de una relación de causalidad entre la conducta típica y el resultado antijurídico. La posibilidad de considerar a un determinado resultado como obra de un hombre sólo se da desde el principio, allí donde tal resultado pueda en alguna forma atribuirse a la acción u omisión del hombre. Sin embargo, la causalidad no es la única condición para la imputación de un resultado. Se requiere adicionalmente que la relación de causalidad comprobada también satisfaga las exigencias normativas particulares que resultan del respectivo tipo penal y de la teoría general del injusto”. RUDOLPHI, HANS. *Causalidad e imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, págs. 13-14.

46 “(...) si la física ha evolucionado en el sentido de reconocer que la certeza no es el eje de la relación causal como explicación del universo, el derecho penal no puede insistir en manejar una noción de causalidad edificada sobre el antiguo presupuesto de la certeza, sino que está obligado a entenderla en la forma como hoy se hace dentro del campo de la física teórica, esto es, con base en la noción de probabilidad”. REYES, YESID. Causalidad y explicación del resultado, en *Derecho penal contemporáneo*, No. 14. Bogotá: Legis, 2006, pág. 29.

47 Es decir, “el concepto tradicional de causa, ligado a la noción de certeza y como primer elemento de análisis de la acción, es sustituido por el de realización del riesgo en el resultado”. REYES, *Ibidem*, pág. 37.

48 VELÁSQUEZ afirma al respecto que se “requiere la comprobación de una doble exigencia a la manera de un edificio de dos niveles —que muy bien podrían integrarse en una sola construcción—: una lógica o naturalística, o sea la causalidad; y otra consistente en un vínculo de naturaleza normativa que gira en torno a la idea de riesgo desaprobado y realizado, esto es, la imputación objetiva”. VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Manual de derecho penal*, parte general, 3ª ed. Bogotá: Comlibros, 2007, pág. 274.

del ordenamiento jurídico⁴⁹ y de la sociedad, es decir, el conjunto de instituciones dogmáticas propias del paradigma funcionalista (v.gr., riesgo permitido, relación de riesgo, principio de confianza, prohibición de regreso, acción a propio riesgo, etc.) para determinar si el nexo entre acción y resultado es relevante para la configuración del tipo penal.

3. CONCLUSIONES

Sobra decir que lo fáctico es imprescindible en cualquier derecho objetivo, en tanto que éste último pretende la regulación de comportamientos reales mediante la creación de normas de deber ser que consagren modelos de conducta. Pero en el derecho penal la aplicación de la norma al caso concreto depende del uso de la teoría del delito, y en esa medida, la relación de lo fáctico con lo normativo reviste de honda complejidad, a tal punto que, según lo expuesto, a dado pie a grandes polémicas en relación con la realidad que debe tener predominio, si la fáctica o la normativa, en el análisis de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

A pesar de que en principio, como herederos de la sistemática construcción germana del delito, es viable emplear una u otra concepción o esquema dogmático para interpretar la estructura de la teoría del delito consagrada en la parte general del Código Penal (cuestión ésta hasta cierto punto discutible si se tiene en cuenta que el código adopta en algunas de sus disposiciones postulados del esquema finalista y funcionalista⁵⁰, y que existen varios puntos de vista refutados) lo relevante sin lugar a dudas para el operador jurídico consiste en velar por el respeto de los principios constitucionales que inspiraron el diseño de los conceptos fundamentales, armonizando las teorías foráneas con tales principios o incluso rechazando su aplicación. De hecho la jurisprudencia colombiana, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, en contadas ocasiones ha recurrido a las herramientas

49 LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 47; MIR PUIG, SANTIAGO, Causalidad e imputación objetiva en los delitos dolosos de acción, en *Estudios penales. Homenaje al profesor Luis Carlos Pérez*. Bogotá: Temis, 1984, pág. 110.

50 La influencia del finalismo puede entreverse en varias disposiciones del Código Penal (v.gr., arts. 21, 22 y 23). Se consagra un dolo avalorado que deja de ser una forma de culpabilidad, y pasa a ser una modalidad de conducta, mientras que la culpa se define como infracción al deber objetivo de cuidado que ocasiona el resultado típico. Por otro lado, toda la teoría de autoría y participación tiene su fundamento en la teoría del dominio del hecho. El artículo 9 permite claramente una lectura funcionalista de la causalidad al exigir que ésta “no basta para la imputación jurídica del resultado”. Existe también una marcada tendencia del código a seguir un método teleológico funcional, en donde se busca la consecución de una política criminal coherente, que parte de una realidad social y que permite la interpretación a través de la normatividad constitucional.

teóricas del funcionalismo radical y moderado⁵¹, propendiendo por una interpretación acorde con las corrientes modernas.

Por lo tanto, lo deseable a la hora de aplicar la dogmática es una labor de integración⁵², no necesariamente de encasillamiento riguroso en un esquema determinado: la interesante evolución de la teoría del delito nos muestra la enorme cantidad de conceptos teóricos de uno u otro paradigma que pueden y deben aplicarse, eso sí sin caer en el anacronismo que resultaría de emplear teorías penales revaluadas, como la concepción psicológica de la culpabilidad, o la causalidad como criterio esencial y exclusivo de imputación, concepto reformulado con el paradigma normativo vigente a partir de la noción de imputación objetiva.

La imputación objetiva como teoría propia del ámbito de la tipicidad, y como producto más acabado y racional de la dogmática contemporánea, ha puesto de presente que los datos empíricos razonables⁵³ constituyen el presupuesto para aplicar los conceptos normativos propios de la misma, como riesgo permitido, posición de garante, creación de riesgo jurídicamente desaprobado, relación de riesgo, entre otros. Por lo tanto, podemos concluir que:

- a) Los esquemas dogmáticos han estado predeterminados teóricamente por paradigmas epistemológicos distintos, de tal forma que es entendible el hecho de que unos prefieran lo ontológico y otros lo normativo en la construcción del sistema del delito. Pero los empeños por “normativizar” la teoría general del delito vistos desde el apogeo de los esquemas neokantiano y finalista, permiten

51 El conocido caso de Mampiripán, por ejemplo, fue objeto de un contundente análisis a partir de la teoría de la posición de garante de JAKOBS en sentencia SU-1184 del 13 de noviembre de 2001 (Corte Constitucional, MP EDUARDO MONTEALEGRE LYNNET). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 4 de abril de 2003, Rad. 12742, MP ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN; sentencia de septiembre 13 de 1995, Rad. 9973, MP EDGAR SAAVEDRA ROJAS; sentencia de septiembre 16 de 1997, Rad. 12655, MP JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO.

52 De hecho los representantes más importantes de las corrientes que abanderan reconocen la necesidad de adoptar ciertos puntos de vista diferentes y adoptarlos a su sistema. Así se expresa uno de los más connotados defensores del finalismo en España sobre la imputación objetiva: “(...) la restricción del tipo objetivo de los delitos dolosos y culposos, de acción y de omisión mediante los criterios de la imputación objetiva no pone en tela de juicio la aportación básica del finalismo, de que el dolo ha de ser un elemento subjetivo del tipo de los delitos dolosos y de que la inobservancia del cuidado (objetivamente) debido es un elemento del tipo de lo injusto de los delitos culposos, sino que viene a completarla. Se mantiene la distinción entre los tipos de lo injusto de los delitos dolosos y culposos, de acción y de omisión y se restringe únicamente su contenido, en el ámbito del tipo objetivo, mediante los criterios de la imputación objetiva”. CEREZO MIR, JOSÉ, *El finalismo hoy*, en ADPCP, T. XLVI, Fasc. 1, Enero-Abril 1993, pág. 16.

53 Que han pasado por el análisis de criterios reductores de sus alcances, v.gr., teoría de la *conditio sine qua non*.

inferir que ya estaba abonado el terreno para un cambio de paradigma, y que la normativización de la dogmática no fue del todo un invento espectacular del funcionalismo de la segunda mitad del siglo XX.

- b) A lo largo de la teoría del delito se ha discutido incansablemente sobre el papel que tienen que desempeñar lo normativo y lo fáctico: unos le dieron predominio total al simple nexos empírico causal como centro de la estructura del delito, otros a las valoraciones jurídicas y del espíritu, y uno solo quizá se orientó más por lo normativo, creando a la par una ontología de la acción humana que supeditó el despliegue de nexos causales a la conciencia postuladora de fines correlativos. El funcionalismo de ROXIN y JAKOBS ha tendido hacia una normativización completa de la teoría del delito, con el desarrollo, por ejemplo, de los criterios jurídico-penales de imputación al tipo. Por lo tanto, hemos pasado, históricamente hablando, de una concepción naturalista de la dogmática a una puramente normativa.
- c) Pero la normativización de la teoría del delito no puede implicar en absoluto el abandono de la causalidad, ya que ésta constituye el fundamento necesario para toda imputación al tipo objetivo; pero para su uso dogmático requiere de un análisis previo mediante criterios limitadores de sus alcances, como la teoría de la equivalencia de las condiciones. Lo fáctico y lo normativo en la teoría de la imputación objetiva se relacionan de tal forma que hay una especie de vinculación complementaria y correlativa⁵⁴.

BIBLIOGRAFÍA

AGUDELO, NÓDIER. *Curso de derecho penal. Esquemas del delito*. Bogotá: Ed. Temis, 2004

AMBOS, KAI, 100 años de la “teoría del delito de Beling”. ¿Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2007, núm. 09-05

ARBOLEDA RIPOLL, FERNANDO, *La teoría de la pena de Gunther Jakobs*, en *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*. Bogotá: Legis, 2005

54 Quizás esta comparación con la filosofía sirva: así como para KANT, desde el punto de vista de la teoría del conocimiento, es necesario aplicarle al material empírico percibido por los sentidos y mediante las formas puras *a priori* de la sensibilidad (espacio y tiempo) las categorías *a priori* del entendimiento (v.gr., identidad, causalidad, negación), para formar los juicios de la ciencia, en la imputación al tipo objetivo es necesario aplicarle a la facticidad causal del mundo real las “formas puras” del ordenamiento jurídico, esto es, los criterios normativos de imputación provenientes del derecho penal y de todo el sistema jurídico en general, para formar los juicios de tipicidad.

- BACIGALUPO, ENRIQUE, *Lineamientos de la teoría del delito*. Buenos Aires: Hammurabi, 1994.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Introducción al derecho penal*. Bogotá: Temis, 2004.
- CANCIO MELLÁ, MANUEL, Aproximación a la teoría de la imputación objetiva, en *Derecho penal y sociedad*, t. I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- CEREZO MIR, JOSÉ, Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta, en *Derecho penal y sociedad*, t. I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- CEREZO MIR, JOSÉ, *El finalismo hoy*, en ADPCP, T. XLVI, Fasc. 1, Enero-Abril 1993.
- CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN. Fundamentos para un sistema lógico-funcional de derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, n° 08-01.
- FEJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, *Normativización del derecho penal y realidad social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal fundamental*, t. I. Bogotá: Temis, 1993.
- FOUCAULT, MICHEL, *Las palabras y las cosas*. México: Siglo XXI Editores, 1968.
- GROSSO GARCÍA, MANUEL. Funcionalismo o normativismo en la nueva teoría del delito, en *Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito*. Bogotá: Grupo Ibáñez, 2006.
- JAKOBS, GÜNTHER. *La imputación objetiva en derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- LÓPEZ, CLAUDIA, *Introducción a la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- LYOTARD, JEAN-FRANCOIS, *La diferencia*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999.
- LUZON PEÑA, DIEGO MANUEL, *Iniciación a la teoría general del delito*. Managua: Editorial UCA, 1995.
- MAURACH, REINHART, El concepto finalista de acción, en *Tres conferencias*. Bogotá: Revista de la Universidad Externado de Colombia, vol. VI, diciembre de 1965.
- MIR PUIG, SANTIAGO, Causalidad e imputación objetiva en los delitos dolosos de acción, en *Estudios penales*, Homenaje al profesor Luis Carlos Pérez. Bogotá: Temis, 1984.
- MIR PUIG, SANTIAGO, Límites del normativismo en derecho penal, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-18 (2005).
- MONTEALEGRE, EDUARDO y PERDOMO, JORGE FERNANDO. *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

- REYES ALVARADO, YESID, Ubicación del dolo y la imprudencia en una concepción normativa de la teoría del delito, en *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*. Bogotá: Legis, 2005.
- REYES ALVARADO, YESID, Causalidad y explicación del resultado, en *Derecho penal contemporáneo*, No. 14. Bogotá: Legis, 2006.
- REYES ALVARADO, YESID, *Imputación objetiva*, 3ª ed. Bogotá: Temis, 2005.
- ROXIN, CLAUS. Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal, en *Problemas básicos de derecho penal*. Madrid: Reus S.A., 1976.
- ROXIN, CLAUS. *Derecho penal, parte general*, t. I. Madrid: Ed. Civitas, 1997.
- RUDOLPHI, HANS. *Causalidad e imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.
- SCHÜNEMANN, BERND. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva, en *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2007.
- SCHÜNEMANN, BERND. *La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal*. En *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2007.
- VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Manual de derecho penal, parte general*, 3ª ed., Bogotá: Comlibros, 2007.
- WELZEL, HANS. *Derecho penal alemán*. Chile: Ediciones Jurídicas del Sur, 1980.
- WELZEL, HANS. *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.
- ZAFFARONI, EUGENIO; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO. *Derecho penal, Parte general*, 2ª ed. Buenos Aires: Ed. Ediar, 2002.