



Modelos de injusto penal desde la perspectiva de las normas objetiva de valoración y subjetiva de determinación

.....

CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU
MARÍA MARTA GÓMEZ BARRANCO



DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Carlos Ernesto Camargo Assis

Defensor del Pueblo

Luis Andrés Fajardo Arturo

Vicedefensor del Pueblo

Altus Alejandro Baquero Rueda

Secretario General

Julio Enrique Acosta Durán

Director Nacional de Defensoría Pública

Ana María Bahamón Oliveros

Grupo de Capacitación e Investigación

Carlos Arturo Gómez Pavajeau

María Marta Gómez Barranco

Autores

Sonia Patricia Villalba

Corrección de estilo

Juan Carlos Sánchez Ocampo

Diseño de carátula y diagramación

Bogotá, febrero de 2021

ISBN: 978-958-5117-36-5

Impresión:

Imprenta Nacional de Colombia

Defensoría del Pueblo de Colombia

Cra. 9 No. 16-21

Apartado Aéreo 24299 – Bogotá, D. C.

Código Postal 110231

Tels.: 314 73 00 - 314 40 00

www.defensoria.gov.co

Bogotá, D. C., 2021



Contenido

Presentación	7
Introducción	9
Capítulo 1. La teoría de la norma como sucedáneo normativo del naturalismo preponderante en el causalismo y finalismo	14
Capítulo 2. Aporías jurídicas <i>contra legem</i> : advertencia de cómo la doctrina y la jurisprudencia pueden perder la perspectiva normativa y terminar implatando ideas y conceptos jurídicos contrarios al ordenamiento jurídico y hasta forzándolo a la realización de cambios legales.....	34
Capítulo 3. Teorías de la perspectiva norma y constitución del injusto	48
1. Teorías monistas de la norma.....	53
1.1 Teorías monistas objetivas.....	53
1.1.1. Teoría monista objetiva absoluta (Código Penal Italiano)	54
1.1.2. Teoría monista objetiva relativa (dogmática clásica bajo la vigencia del Código Penal alemán de 1871).....	63
1.1.3. Teoría monista objetiva atenuada (dogmática neoclásica).....	66
1.2 Teoría monista subjetiva (Norma subjetiva de determinación) - Zielinski	75



2. Teorías dualistas de las normas (Norma subjetiva de determinación - Norma objetiva de valoración)	89
2.1 Teorías dualistas con tendencia subjetiva (Norma subjetiva de determinación prevalente - Norma objetiva de valoración subordinada)	92
2.1.1. Teorías de la congruencia.....	94
2.1.1.1. Teoría de la congruencia equilibrada (Maurach)	94
2.1.1.2. Teoría de la congruencia desequilibrada (Armin Kaufmann)	108
2.1.1.3. Teoría de la congruencia diferenciadora ..	116
2.1.1.4. Teoría de la congruencia atenuada (Jakobs)	119
2.1.1.5. Especial problemática de los delitos de infracción de deberes y sus repercusiones en la autoría y participación	129
2.1.2. Teorías que independizan el fundamento del injusto de su exclusión.....	130
2.1.2.1. Teoría de la separación de la fundamentación y exclusión del injusto (Alwart).....	130
2.1.2.2. Teoría de la solución por la vía de la tentativa inidónea.....	133





2.1.2.2. Teoría de la solución por la vía de las eximentes incompletas.....	140
2.2 Teorías dualistas con tendencia objetiva (Norma objetiva de valoración prevalente - Norma subjetiva de determinación subordinada)	143
2.2.1. Teoría de José Ramón Serrano-Piedecabras Fernández.....	143
2.2.2. Teoría de Fernando Velásquez Velásquez	149
2.2.3. Teoría de la objetivación de la voluntad de la ley en materia de justificación	153
2.3 Teoría de la doble ubicación del dolo (Norma subjetiva de determinación - Norma objetiva de valoración)	191
Consideraciones finales	192
Bibliografía	206



DEDICATORIA

Para nuestro Maestro Nódier Agudelo Betancur, de quien aprendimos a entender lo que escribimos. A un maestro y a un gran amigo que formó a generaciones enteras a pensar liberal y humanitariamente al poder penal, que por excelencia es el paradigma de los excesos.



PRESENTACIÓN.

La Defensoría del Pueblo tiene como misión general la defensa, promoción y materialización de los derechos humanos y, a su vez, dentro de su estructura, se encarga de suministrar vía derecho promocional la defensa necesaria e indiscutible que toda persona requiere en el proceso penal, para que su trámite tenga legitimación constitucional.

Ninguna rama del Derecho aparece hoy tan cercana al Derecho constitucional como tiene ocurrencia con el Derecho penal y el Derecho procesal penal. En palabras de reconocidos autores como Claus Roxin y Schünemann, son los sismógrafos del orden constitucional y aquellos que revelan cómo las sociedades modernas resuelven sus tensiones sociales más relevantes y de la manera más civilizada posible sin descuidar la posibilidad del ejercicio de la libertad, pues como señaló James Goldschmidt en 1935, en pleno auge del régimen nazi en Alemania, «el proceso penal representa una construcción técnica artificial, destinada a proteger a los individuos contra el abuso del poder estatal» (1961, p. 16).

Las tareas de la Defensoría Pública no tienen ideologías, surgen paladinamente de lo que dispongan la Carta Política y los tratados internacionales sobre derechos humanos; en Derecho penal, muy especialmente, ello resulta una verdad apodíctica sobre la cual descansa la legitimidad de la institución y, por supuesto, su poder moral en su más prístino sentido liberado de toda compulsión.

Nada es más antinatural y contrario al principio de la dignidad humana que una condena de naturaleza penal. No obstante, como señala Roxin, la pena es una «amarga necesidad» que ni aún las sociedades modernas, con todos los adelantos de la ciencia y las tecnologías en los más variados campos, especialmente en aquellos en torno a la conducta humana como resultan ser los aportes de la neurociencia y la psicología modernas, hacen posible prescindir de ella; por ello, mientras se encuentra otra solución, el camino seguro para mantener la compatibilidad con los derechos humanos no puede ser otro que el de la legitimidad del proceso penal y la humanidad de las penas.



Modelos de injusto penal desde la perspectiva de las normas objetiva de valoración y subjetiva de determinación

Queremos poner todo nuestro empeño en esos cometidos y, por ello, estamos convencidos de que tal sector debe ser considerado una tarea de elemental prioridad para la Defensoría del Pueblo. Por consiguiente, es esencial concientizar a nuestros Defensores Públicos en que la defensa debe tener una perspectiva teórica-práctica, dinámica y evolutiva, inspirada en el *Corpus Iuris* del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en el principio de progresividad que lo informa, lo cual debe impulsar nuestros esfuerzos académicos, editoriales y de capacitación.

Que sea esta la oportunidad para presentar el libro *Modelos de injusto penal desde la perspectiva de las normas objetiva de valoración y subjetiva de determinación* de Carlos Arturo Gómez Pavajeau y María Marta Gómez Barranco. En este, los autores hacen un análisis global del concepto de injusto en el Derecho penal contemporáneo, en un muy buen ejercicio de Derecho comparado, y contrastan niveles de garantías externos e internos de su visión constitucional en Colombia. Para tal fin, ponen sobre la mesa todas las posibilidades de su entendimiento y se toma partida, conforme a la idea rectora sobre el valor constitucional superior axiológico de las normas constitucionales y de los derechos fundamentales (artículos 1, 4, 9, 85, 86, 93, 94 y 228), por el obligado e imprescindible test de convencionalidad demandado por el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos en armonía con el artículo 93 de la Carta Política.

Se trata de ser consecuentes con la norma de normas, independientemente de cuál sea la ideología de quien ostente la defensa de los derechos humanos y, muy especialmente, para este caso, la representación de la Defensoría Pública en el proceso penal. Su legitimidad solo puede encontrarse y barruntarse en los derechos humanos, por lo que, acorde con ello y junto con la defensoría Pública, presentamos nuestra primera publicación de una nueva etapa que necesita vivir nuestro Magisterio Defensorial.

Carlos Ernesto Camargo Assis

Defensor del Pueblo





INTRODUCCIÓN.

El tema de la *Teoría de la Norma* no es exclusivo del Derecho penal, pertenece, si se quiere ser más preciso, a la Teoría General del Derecho, sin que ello impida imbricarla en la filosofía del Derecho. Los autores que a continuación mencionamos en tal ámbito realizan sus trabajos, tal vez, buscando una arista de la Teoría General del Derecho dedicada a la *deontología jurídica*.

Nos referimos a Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin (1997), Georg Henrik von Wright (1997), Georges Kalinowski (1996), Karl Olivecrona (1992), Ricardo Caracciolo (1999), Pablo Larrañaga (2000), José Juan Moreso, Pablo Navarro y Cristina Redondo (2002), Hans Kelsen (1994), Norberto Bobbio (1990), Marcial Fernández Montes (1957), Nicolás María López Calera (1969), Alf Ross (2000), Vincenzo Ferrari (1989) y K. Opalek, por mencionar algunos.

La *Teoría de la Norma* es un tema transversal a todas las ramas del Derecho; otra cosa es que, sin duda alguna, sea en el Derecho penal, y ahora en el Derecho disciplinario, donde se estén aplicando con más vigor sus enseñanzas. No puede ser menos, puesto que es un tema que toca sensiblemente al Derecho sancionador en general, del cual hacen parte los antes mencionados.

La lógica deóntica o lógica de las normas es una temática resaltada por Bobbio (1965) como un nuevo aire a la Teoría General del Derecho, entendida como la que estudia las «estructuras de las que se compone y en las que se articula un sistema normativo», aun cuando prefiere tenerla como un aporte a la Teoría de la Argumentación Jurídica (pp. 40 a 42). Es más, Kalinowski (1973) afirma que la lógica de las normas nos permite una aproximación a la filosofía del Derecho (pp. 187 a 190).

El Estado Liberal de Derecho introdujo una separación tajante entre la moral y el derecho, reduciéndose lo moralmente relevante para el derecho al concepto de ley. Es lo que los filósofos del Derecho denominan el «principio divisionista de separación entre moral y derecho», que supone la asunción de un «punto de vista externo, político, que permita criticar el derecho vigente» (De Cabo y Pisarello, 2001, p. 14).



Hoy el derecho se justifica desde la moral y ha permitido entender que la moral pública va más allá del ajuste o desajuste de lo legal. Es decir, visto el principio de la moral administrativa como determinante del comportamiento ideal en el Estado social y democrático de derecho, además de que se constata que la moral pública ha sido elevada a la categoría de derecho colectivo, ha de concluirse, pues, en la existencia de importantes relaciones y conexiones entre ética de la función pública y las diferentes manifestaciones del derecho sancionador, lo que tendrá especial relevancia para la estructuración de un injusto en delitos contra la Administración Pública, donde se imbrican complejamente como injusto la afectación por puestas en peligro o lesión del bien jurídico tutelado y la infracción al deber encarnado en la relación especial de sujeción. Lo anterior, de alguna manera, potencia el desvalor de acción normal que, para la relación general de sujeción, porta el Derecho penal, tal como se desprende del artículo 6 de la Carta Política, donde se hace referencia al respeto que los particulares deben tener hacia la Constitución y la ley, mientras que la relación especial de sujeción implica un respeto por lo mismo, pero también se infringe el orden jurídico por los servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas, cuando se «extralimitan en el ejercicio de sus funciones o cuando omiten el cumplimiento de sus deberes oficiales», en armonía con los artículos 88, 121, 122, 123 y 209.

Entonces, si así son las cosas, cuando observamos las relaciones inherentes a las diferentes manifestaciones del Derecho sancionador y al encontrarnos ante un juicio ético-jurídico como su esencia o parte de ella, resulta pertinente aclarar sus implicaciones como tal.

Los estudiosos de la ética afirman que un juicio de tal naturaleza implica:

- i) desarrollar una «teoría del valor o axiología», que apunta a un juicio de valor sobre lo apetecible o despreciable respecto de fines, objetos, experiencias, estados de cosas o disposiciones, aquello que extrínseca o intrínsecamente se persigue por el estatuto ético disciplinario, aquello que da cuenta de la «teoría de lo que uno debe proponerse o buscar», y
- ii) desarrollar una «teoría de la obligación o deontología» que se ocupe de los juicios de obligación, esto es, de aquello que está referido a la obligatoriedad, rectitud o incorrección del juicio o, con mayor precisión, se ocupe de la «teoría de lo que debe hacerse» (Runes, 1994, p. 131.).





Tal imbricación impone una doble perspectiva, aun cuando única como comprensión del fenómeno, del juicio ético-social del comportamiento relevante para el derecho sancionador.

Esto es, hablar de lo adecuado social y funcionalmente, deducido a partir de los principios y valores objetivos del sistema en un Estado social y democrático de derecho y a lo referido a la infracción de los deberes, como afectación directa de la relación obligacional, entre otras, también derivadas para los particulares del artículo 95 de la Carta Política, según el cual «el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades»; asimismo, de estas, enunciativamente, aparecen deberes de actuar muy caracterizados como el dispuesto en el numeral 2.º, en armonía con el artículo 16 de la misma.

Aquí la visión de lo que constituye lo contrario a Derecho desde el punto de vista deontológico, que no incumbe solo lo relacionado con lo correcto o incorrecto respecto de las obligaciones formalmente concebidas, es aquello que importa para el juicio referido a la teoría de la obligación. Ello denota la infracción de los deberes jurídicos, determinados a partir de lo que debe hacerse como substrato de la deóntica, esto es, la cuestión del significado y el *status* de lo correcto o incorrecto.

También importa, y no en menor valía, lo referido a lo bueno o correcto «por referencia *al bien o al valor* de algo», haciendo así a «la teoría de la obligación dependiente de la teoría del valor» (Runes, *ob. cit.*, p. 132), lo cual caracteriza a la ética actual, cada vez más preocupada por los valores (Florián, 2006, p. 114).

En la actualidad, la interioridad del hombre no se reduce solo a las esferas conativas y de voliciones, esto es, a los conocimientos y deseos, sino que hay otros componentes de ella que los trasciende, va más allá de la referencia a objetivos, se caracteriza por cuanto «la dimensión del valor es el elemento fundamental de todo tender» y son las «cualidades de valor presentes en el tender las que delimitan el margen de maniobra de la voluntad». Esto es, que las «actitudes interiores exhiban de manera originaria una *dirección* hacia un valor determinado» (Rodríguez, 1992, p. 114).

Por ello es que ya no bastan aquellas afirmaciones acerca del entendimiento del hombre como un ser corpóreo-psíquico o, en una visión más avanzada, como dotado de una dimensión corpóreo-psíquica y psíquico-espiritual,





sino que es importante comprender su esencia a partir de su conciencia «técnico-práctica» y «ético-práctica». La primera se refiere a la capacidad de lograr objetivos propuestos por medio de la utilización de instrumentos y la segunda, a la capacidad de comprensión de lo valorativo, esto es, la llamada «conciencia axiológica» (Haeffner, 1986, pp. 158 y 159).

Pero tendrán su particular sentido y contenido, apropiados y adecuados a su propio objeto y finalidad, lo cual podemos afirmar se encuentra muy cercano a la deontica jurídica, puesto que las normas tienen como función primaria «la de motivar o guiar la conducta de la gente», función que se cumple a través de las «normas de mandato» (Atienza & Ruiz Manero, 1996, p. 67). Welzel (1970) decía que «si hay un lugar donde reside el núcleo de la personalidad ética y el fundamento de la dignidad humana, este es la conciencia» (p. 68).

Kalinowski (1996) concibe a la deontica como «la teoría general del deber-ser» (p. 9) y otros expertos manifiestan que la norma es un acto de comunicación en el cual se involucra lo que se comunica, quién comunica y a quién se comunica, expresándose lo comunicado a través de una fórmula lingüística. Las normas de conducta o prescripciones son enunciados que contienen una prescripción, esto es, comportan un mensaje a través del cual se le ordena, prohíbe o permite «ciertas acciones o actividades» a su destinatario (Alchourrón & Bulygin, 1997, p. 17).

La expresión idiomática de norma «es un imperativo o una frase referente a lo que debe ser», «quien da una orden o manda algo quiere que algo deba suceder»; esto es, quien impone una norma «demanda un determinado comportamiento, prescribe, quiere que una persona (o varias de ellas) se deba (o deban) comportar de una determinada manera» (Kelsen, 1994, pp. 20 y 41).

Así aparece la norma como un objeto lógico destinada a la comunicación humana. La norma jurídica influye sobre el comportamiento humano «para darle el adecuado impulso o freno hacia una coordinación social»; las palabras utilizadas por la norma «tratan de afectar los comportamientos humanos en sociedad» (López Calera, 1969, pp. 11, 20 y 47).

El directivo, a través del lenguaje, expresa una idea-acción, un tipo o forma de conducta; de allí que «el rasgo distintivo del lenguaje prescriptivo es su *función*, la cual es guiar la conducta» (Ross, 2000, pp. 3, 46 y 47).



Según Olivecrona (1992), el propósito de toda disposición jurídica es «influir en la conducta de los hombres y dirigirla de ciertas maneras» (p. 43). Para K. Opalek (citado por Kalinowski, 1996), las normas como directivas cumplen una «función de información indispensable porque ellas influyen sobre el comportamiento de sus destinatarios» (p. 13).

En fin, el intento exteriorizado de influencia impone la idea de que «la existencia de la norma jurídica viene así a significar un encauzamiento y limitación de las conductas alterales de los hombres» por una «objetiva necesidad de ordenación social» (López Calera, 1969, p. 8). La tipicidad, en consecuencia, encarna las normas directivas o de encauzamiento de conductas, puesto que, como dice Sola Reche, «*la norma de determinación es el útil, más o menos logrado, del que se vale el legislador para elaborar las figuras delictivas como texto de la ley*» (Sola Reche, 1996, p. 54.).

Solo asumiendo con seriedad una concepción dogmática como supramétodo de interpretación integral —métodos insulares (gramatical-literal, exegético-formal y espíritu del legislador histórico y contemporáneo), contextuales (Jurisprudencia de conceptos, Jurisprudencia de intereses y Jurisprudencia de valores) e integrados (orden público internacional de los derechos humanos y control de convencionalidad)—, donde la dogmática sea entendida como un plus de la ley e insertada constitucional y convencionalmente, puede apartarnos y salvarnos de las aporías, arbitrariedades y del azar caprichoso de las interpretaciones personalísimas.

Así como dice el gran dogmático Gimbernat Ordeig (1983), «la dogmática se opone a esta situación de inseguridad», ella solo puede fundarse «sobre la base de la fuerza racional de convicción de su fundamentación», toda vez que, «al mismo tiempo, como la teoría apela a la fuerza de convicción de sus argumentos, es posible combatirla racionalmente con objeciones y con nuevos argumentos que tal vez encuentren eco» (pp. 28 y 29); no obstante, como se enmancornó la teoría con la ley, se le puso camisa de fuerza con la omnipotencia del legislador, reviviendo épocas superadas, no solo dogmáticamente, sino ius filosóficamente, con una vuelta inexplicable al positivismo decimonónico, reviviendo épocas superadas e impuestas por una incomprendible como incomprendida «dogmática de la ley», que aunque moderna —la dogmática no la hace el dogmático o estudioso doctrinal de la ley, sino la ley— es expresión de un nuevo cuño del positivismo legalista.





CAPÍTULO 1.

La teoría de la norma como
sucedáneo normativo del
naturalismo preponderante
en el causalismo y finalismo



El posfinalismo¹⁻², o síntesis neoclásica-finalista³, trajo aparejada una muy productiva discusión de tinte normativa-valorativa, toda vez que la acción no será el marcador genético de la construcción del edificio teórico del delito al servirle como piedra angular; todo lo contrario, a partir de los años sesenta del siglo XX refulge un planteamiento del Derecho penal que va más allá de la ley penal –Código Penal– y se inserta en consideraciones político-criminales, pues la discusión central y nuclear descansará en los modelos de Estado constitucional de derecho y en las cartas políticas, de lo que se desprende la idea del paradigma de estudio del *ius puniendi* como género y del *ius penale* como especie.

El modelo de Estado perfila su función vertebral en cuanto a la protección de derechos fundamentales⁴, correspondiendo al modelo Liberal o de Derecho la protección de los *derechos individuales y subjetivos de autonomía*; al Democrático los *derechos fundamentales de participación*; al Social los *derechos de crédito o prestación* y, de acuerdo con el modelo de Bobbio cuya presentación es transversal a todos los modelos de Estado, pues surgen de sus propias debilidades, los llamados *derechos fundamentales por especificación* se ocuparán de proteger de manera especial a los sujetos por virtud de la *tercera edad, de las madres cabeza de familia, etcétera*, o a los objetos por razón de su *particular problematización con la titularidad*, como sucede con respecto a los derechos o intereses difusos, *cuyos titulares no son individualizables como los titulares del Orden Económico y Social o no existen en la actualidad como los titulares del medio ambiente, que son las generaciones futuras, etcétera*.

- 1 Aquí resalta Roxin que su propuesta, diferente a la de Jakobs, está referida a que «la tarea del Derecho penal radica el asegurar a los ciudadanos, una coexistencia pacífica y libre preservando todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente [...] y sobre la base de la teoría contractualista...» la tarea del Derecho penal, con base en la teoría del Estado, será la protección de bienes jurídicos [...] lo que...» conduce a la doctrina de la imputación objetiva» por él defendida (Roxin, 2016e, pp. 1 y ss.).
- 2 *Ibidem*, pp. 17 y ss., para JAKOBS, en *La concepción penal sistémico-teórica de Jakobs*.
- 3 Borja Jiménez, 2006. También en Revista Nuevo Foro Penal N.º 59, enero-marzo de 1993. Bogotá: Editorial Temis, pp. 24 y ss.
- 4 Gómez Pavajeau, 2020c. *Estudios de Dogmática en el Código Penal de 2000*. Ver estudios segundo (*De las correlativas y necesarias relaciones entre poder político, derecho penal y derechos fundamentales*) y tercero (*Derechos fundamentales, constitución y dogmática penal*) de esta obra.





Así, dice Ferrajoli (2001a), del modelo de Estado y de las técnicas de protección de los derechos fundamentales surgen «equivalencias lógico-deónticas entre permiso de la actuación y no prohibición, entre permiso de la actuación y no prohibición, entre permiso de la omisión y no obligación, entre prohibición y no permiso de la actuación y entre obligación y no permiso de la omisión». De los derechos subjetivos que generan expectativas positivas de prestaciones o negativas de no lesiones, dice nuestro autor, se estructuran deberes correspondientes «que constituyen las garantías así mismo dictadas por normas jurídicas, ya sean éstas las obligaciones o prohibiciones correlativas a dichas expectativas» (pp. 45 y 47)⁵, lo que pone de presente que las normas son técnicas de protección, medios para asegurar derechos, pero no los derechos mismos como de alguna manera termina el subjetivismo en materia de injusto aceptando, que basta para considerar lo antijurídico el tener en cuenta el quebrantamiento de una norma que cumple un papel técnico de instrumento, pero no de fundamentar lo sustancial de la ilicitud.

El Derecho penal organiza su protección teniendo en cuenta técnicas jurídicas muy especiales y utilizando facetas normativas bien definidas (Cfr. Gómez Pavajeau, 2019b). Así sucede con los *derechos de autonomía*, que se protegen fundamentalmente utilizando las *prohibiciones* para evitar que los sujetos injerjan en los derechos de los demás —«mis derechos van hasta donde comienzan los derechos de los demás»— en el marco del Estado liberal de derecho, los propicia el amplio desarrollo de los *delitos de acción*. Por el contrario, en el ámbito del Estado social, cuando se ha abandonado la idea del «dejar hacer, dejar pasar», el Estado da un giro en cuanto a las técnicas de protección de los derechos, pues interviene en la vida social, económica y política de la sociedad con el fin de crear situaciones propicias para el desarrollo de los derechos. Para ello, crea condiciones que permitan su desarrollo y se imponen, o lo hace con respecto a los demás particulares, ciertos *mandatos y obligaciones* que incidan en la vida social, económica o política. Con ello, se crea un clima favorable donde los sujetos con ciertos desvalimientos pueden superar dichas situaciones con *prestaciones o derechos créditos* impuestos a su favor y a cargo del Estado y

5 Así también se tiene «los derechos fundamentales constituidos por los derechos fundamentales o negativos de inmunidad, o sea, por derechos consistentes en expectativas negativas de no lesión, en oposición a los positivos o sociales, consistentes en expectativas positivas de prestación» (Ferrajoli, 2001b, pp. 158, 166 y 167).





de los particulares en forma de mandatos u obligaciones, generando particularmente el cúmulo de los llamados *delitos de omisión*.

En el campo de los derechos de participación, inicialmente cuando la democracia giraba en torno a la *representatividad*, la técnica de aseguramiento preferida fue la utilización de las *prohibiciones*; sin embargo, cuando se abre el camino a la democracia *participativa*, aparecen formas de *protección prestacional* a través de las técnicas jurídicas de la imposición de *mandatos y obligaciones de actuar*.

Particularmente, tanto en cantidad como en cualidad, cuando se trata de derechos fundamentales por especificación *de los sujetos o de los objetos* de protección, sin duda el empleo de las técnicas jurídicas de *prohibición* cumplen un importante papel; no obstante, el central y nuclear está referido a la utilización de las técnicas de *promoción y prestación*, con la utilización de los *mandatos de hacer y obligaciones jurídicas de actuar*.

Conforme a ello se organiza la protección de bienes jurídicos con un énfasis en la fundamentación axiológica de la antijuridicidad –*decidida protección y valoración de los efectos de la acción en la afectación, por puesta en peligro o lesión, del bien jurídico tutelado*– o en *el carácter imperativo de las normas que determinan lo injusto*. Lo primero mencionado está vinculado con el causalismo y lo segundo –*concepción imperativa de las normas penales*– «cata- lizada por la superación de la insuficiencias dogmática causalista a través de la teoría finalista», lo que marcará el paso definitivo «desde la concepción de la acción como desencadenante de un proceso causal hacia lo que considera el sentido de la misma, como fenómeno ético-socialmente (o jurídicamente) relevante», que determinará que el proceso para apreciar lo antijurídico de cualquier conducta «debe iniciarse con anterioridad a la constatación de la lesión o de la situación de peligro para el bien jurídico» (Sola Reche, 1996, pp. 41, 44 y 45). Lo primero destaca la existencia de la norma objetiva de valoración y lo segundo, la existencia de la norma subjetiva de determinación.

Esta organización sigue el derrotero o las directrices de la institucionaliza- ción de los instrumentos jurídicos de conformidad con la idea de *medios y fines*, en lo cual está marcada la influencia de la Dogmática Neoclásica, sin embargo, ya no bajo la égida de un relativismo de los valores que desdibujó teorías tan significativas como las de Kelsen –*la forma de romper el relativismo era la regla de la mayoría democrática*– o de Radbruch –*quien ostenta el poder*





político tiene la facultad de definición de lo que es legal, justo y derecho—, sino de la ecumenicidad de una axiología anclada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que les suministra a los valores la objetividad necesaria y suficiente para abandonar el peligroso diletantismo que degeneró en el régimen nacional socialista alemán y en los postulados de la escuela penal de Kiel. Utiliza como plataforma el esquema teórico impuesto por el finalismo —dolo y culpa en el tipo subjetivo, injusto personal subjetivo y distinción clara entre error de tipo y error de prohibición—, pero ahora recibirá la influencia de los postulados del entendimiento de la norma penal que cumple funciones en la modelación y moderación del injusto de norma objetiva de valoración —donde el bien jurídico y sus afectación por puesta en peligro o lesión son el barómetro de ponderación— y de norma subjetiva de determinación —donde la voluntad rebelde contraria a la ley es el barómetro de ponderación—, como consecuencia del giro que impone el concepto de Estado social de derecho en la concepción de la pena, pues esta ya no será concebida como pena retribución —o al menos no de manera absoluta—, sino como pena útil o preventiva, ya en sentido general o ya en sentido especial, o de una combinación dialéctica de ambas que, además, tiene en cuenta sus facetas positiva y negativa.

Por ello, como quedó establecido en el Estudio Cuarto de nuestro trabajo sobre *Estudios de dogmática en el Código Penal de 2000* y tal como lo establece acertadamente Sola Reche, «la discusión doctrinal acerca de la esencia de la antijuridicidad arranca de la cuestión de si se trata de normas de valoración o de determinación, o buscando puntos de encuentro, en qué forma comprenden aspectos valorativos o imperativos» (Sola Reche, 1996, pp. 49, 50 y 51).

De manera simplista podría afirmarse que la antijuridicidad de los causalistas, especialmente en su tendencia neokantiana, representa el paradigma de quienes conciben la infracción de la norma objetiva de valoración como el fundamento del injusto⁶⁻⁷, al no bastar el juicio de contradicción de la conducta desplegada por el sujeto con la norma penal y el ordenamiento jurídico en general —*antijuridicidad formal*—, sino que se requiere de la puesta en peligro o la lesión del bien jurídico tutelado —*antijuridicidad material*— para entender quebrantado el derecho y configurado el injusto. El injusto

6 Gómez Pavajeau, 2020c. Ver estudio cuarto: *Dogmática penal y teoría del injusto en el nuevo Código Penal*.

7 Sola Reche, 1996, pp. 16, 17, 28 y 36.



es general y objetivo; en principio, no requiere para su estructuración ni de los particulares conocimientos del sujeto agente ni de las especiales tendencias en el obrar que el mismo exprese con su conducta respecto de los hechos típicos y antijurídicos. El *desvalor de resultado*, entendido en sentido jurídico como puesta en peligro o lesión del bien jurídico tutelado, será el aspecto definitorio de la antijuridicidad en tanto y cuanto fundamento del injusto, concebido como injusto formal pero sustancialmente como injusto material. No basta el quebrantamiento de las formas jurídicas; para el juicio de completud se requiere, necesariamente, que se satisfaga el principio de razón suficiente con la afectación del bien jurídico tutelado penalmente.

A la infracción a la norma objetiva de valoración se le asigna el papel de constitución del injusto y a la infracción de la norma subjetiva de determinación la constitución de la culpabilidad, sistema acogido por Mezger y que tuvo origen en Ihering, Litsz, Thon y Goldschmidt como los representantes de la inauguración de la línea que muestra una tendencia al injusto objetivo⁸ y que enlaza con la teoría aristotélica del conocimiento. Según esta última, los conceptos surgen de la realidad, por lo que las formas son producto de la experiencia⁹; continúa con Kant, quien materializa la idea de separación entre moral y Derecho en el Estado moderno, y con su desarrollador en materia penal, Paul von Feuerbach (1989), con la postulación de un Derecho penal liberal protector de derechos subjetivos y con Birnbaum (2010) como el adalid de la creación de la teoría del bien jurídico.

Por el contrario, también a partir de una simplicidad, podría afirmarse que el injusto de los finalistas ortodoxos, o seguidores fieles de Hans Welzel, representa la visión contraria, esto es, el concepto de injusto personal subjetivo, donde el mismo se establece cabeza por cabeza respecto de los autores y partícipes (determinadores y cómplices), teniendo en cuenta, ahora sí, los particulares conocimientos y las especiales tendencias en el obrar del sujeto agente del delito. La antijuridicidad se constituiría a partir de datos exclusivamente subjetivos, representados por la aparición fenomenológica de lo contrario a la función que se propone el derecho penal, que nos es otra –según Welzel– que la protección de los valores elementales de conciencia ético-social, y solo por reflejo y de manera mediatizada, los bienes jurídicos,

8 Cfr. Gómez Pavajeau, 2017d, pp. 209 y ss.

9 Cfr. Gómez Pavajeau, 2020b, pp. 200 y ss.





donde lo definitorio, entonces, es el quebrantamiento de los deberes jurídicos a través de los cuales se aprehenden esos valores, por lo que el desvalor de acción es el fundamento del injusto, dado que es la finalidad la que colorea a la acción humana y no el resultado que puede ser producido igualmente por fenómenos de la naturaleza animada e inanimada.

La infracción a la norma subjetiva de determinación¹⁰ ya no será un asunto a estudiar en el ámbito de la culpabilidad, sino en el del injusto, particularmente representada por el tipo subjetivo con el dolo a la cabeza como el desvalor de acción —*conocimiento de los hechos descritos en el tipo y la voluntad de su realización*— y con la ausencia de elementos o ingredientes subjetivos de la justificante —*conocimiento de los hechos justificantes y voluntad de realización de los mismos*— como representativos del valor de acción que neutraliza al primero, configurando, junto a la existencia y presencia de los elementos objetivos de la justificante, el cuadro de lo jurídico a que lleva el reconocimiento completo de la causal de justificación.

Aquí los subjetivistas en materia de injusto siguen una línea platónica en materia de teoría del conocimiento, donde los conceptos dependen de ideas previas y abstractas comprendidas de manera aproximada a su verdadera configuración puramente ideal —*el mito de la caverna*—, no de-

10 Gómez Pavajeau, 2020c. Ver estudio cuarto: *Dogmática penal y teoría del injusto en el nuevo Código Penal*.

11 Cfr. Gómez Pavajeau, 2020b, pp. 200 y ss.

12 Ya Ihering, el gran dogmático y excelso creador de la Jurisprudencia de intereses que en el fondo fue la reivindicación de la Teoría del bien jurídico de Birnbaum, criticaba a Hegel por su teoría del Derecho donde todo se hacía depender de la voluntad estatal, calificando a tal sistema como «falso», por lo que afirmaba que «los derechos no son el adorno, el objeto de la voluntad, sino su condición; no son el fin, aunque le sirven de medio [...] Si la voluntad fuese el objeto del derecho, ¿cómo vendrían a tener derecho las personas sin voluntad? ¿Sería derechos que mentirían a su fin y a su destino? ¿anteojos en manos de los ciegos? [...] Nos encontramos en presencia de un error [...] que... mal que ha producido la idea de la voluntad abstracta a la ciencia jurídica [...] el estado no crea más que un estado de hecho útil o de goce (interés de hecho) que cualquiera, a su antojo, tiene el medio o puede impunemente, a cada instante, destruir y cambiar [...] Todo derecho privado existe para asegurar al hombre un bien cualquiera, socorrer sus necesidades, defender sus intereses y concurrir al cumplimiento de los fines de la vida. El destinatario de todos los derechos es el hombre [...] A la idea de bien se unen las nociones de valor y del





pendientes de la realidad y con pretensión de transformación de la misma¹¹. Así es como Platón aparece enlazado con Hegel, Binder y los representantes del Derecho penal hegeliano, con Merkel a la cabeza y sus sucesores más destacados como Kolhrausch y Hold von Ferneck¹²⁻¹³ hasta llegar a los finalistas, quienes consideran que lo jurídico¹⁴ o antijurídico de un comportamiento depende de la aptitud y actitud espiritual del sujeto agente frente a la naturaleza espiritual del Derecho, lo que se revela con su voluntad «rebelde» exteriorizada al margen de una interferencia intersubjetiva de derechos ajenos. Todo lo anterior se completa con el juicio de contrariedad con la ley penal y el ordenamiento jurídico en general de la conducta del agente del delito representado por las causales de justificación, donde lo destacable y sobresaliente, por demás constitutivo de su fundamentalidad, es la contrariedad al deber representado por el desvalor de acción o defraudación de expectativas normativas-sociales¹⁵. Así, consecuentemente, «la infracción de la norma subjetiva de determinación se producirá, generalmente, antes de que se materialice la efectiva lesión del bien jurídico» (Sola Reche, 1996, p. 56).

Hegel influyó de manera decisiva en los partidarios de un injusto subjetivo; de hecho, afirmaba en su Filosofía del Derecho que lo constitutivo del contrato surgía a partir de la idea según la cual, «en el interés de la razón

interés. La del valor contiene la medida de la utilidad del bien; la del interés expresa el valor en su relación particular con el sujeto y sus fines [...] todo derecho establecido es la expresión de un interés reconocido por el legislador que merece y reclama su protección. Los derechos se transforman a medida que cambian los intereses de la vida; así, intereses y derechos son en cierto modo históricamente paralelos» (Von Jhering, 1946, pp. 175, 176, 179, 181, 182 y 183).

13 Cfr. Gómez Pavajeau, 2017d, pp. 209 y ss. FERNECK fue de los primeros autores en señalar que la ley no puede prohibir resultados sino conductas, toda vez que el resultado se encuentra, en su producción, sometido al azar (Moreno-Torres Herrera, 1999, p. 46).

14 19 a 20 y 25 a 32.

15 Alcácer Guirao (2000) destaca «dos formas de concebir el injusto penal», esto es, «dos modelos genéricos sobre el fin del Derecho penal: protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia del ordenamiento jurídico. De la oposición de estos dos modelos emanan dos concepciones opuestas del hecho punible: lesión de bienes jurídicos frente a lesión de deber —o de la norma—, las cuales habrán de llevar a diferentes conclusiones en relación a la tentativa», en fin, de la «configuración del injusto penal» (pp. 8, 9 y 11).





está que la voluntad subjetiva venga a ser general y se eleve a esa realización», esto es, a «motivo subjetivo», que no es otra cosa que «el verdadero móvil, es la razón en sí, singularmente la idea de la existencia real, es decir, presente en la voluntad sola de la libre determinación» (citado por Von Ihering, 1946, p. 204).

Sin embargo, sería un imposible encontrar un injusto monistamente objetivo, esto es, construido a partir de datos exclusiva y excluyentemente externos, sin atención alguna a la subjetividad, puesto que con ello llegaríamos a la imposibilidad de justificar, sustentar y legitimar la punición de la tentativa, quedándonos solo posible moldear típicamente los injustos consumados.

Igualmente, sería imposible encontrar un injusto monistamente subjetivo, esto es, construido a partir de datos exclusiva y excluyentemente internos, pues como resultado solo vamos a encontrar que lo punible ya recién se encuentra completo con la tentativa, donde se expresa todo el desvalor de acción –*fundamento del injusto*–, sin que el resultado tenga ninguna importancia en la configuración del injusto en tanto y cuanto su presentación es meramente contingente.

El tratamiento de la tentativa es un muy efectivo barómetro para calificar la influencia de los criterios subjetivos en materia de injusto; por ello, resulta a carta cabal la expresión de Sola Reche (1996) según la cual, «[...] las indicaciones dogmáticas ofrecen un escalamiento análogo de la extensión del concepto de tentativa», pues «únicamente puede justificarse entonces la tentativa en la manifiesta rebelión del autor contra la ley». Lo anterior significa que las teorías subjetivas del injusto prescinden de «la relevancia del carácter peligroso de los actos [y] dejan de plantearse la distinción entre tentativa idónea e inidónea» en una clara «transición desde lo injusto del resultado a lo injusto de la acción» (pp. 16, 17, 28 y 36), teniendo en cuenta la irreal, inidónea, inacabada y acabada en claros y precisos grados de profundidad de lo subjetivo.

La única distinción posible que podríamos encontrar sería entre tentativa inacabada –*donde no se ha expresado externamente de manera completa el desvalor de acción, puesto que quedaba todavía algo por realizar*– y tentativa acabada –*donde todo el desvalor de acción se habría agotado totalmente*–. Tentativa acabada y consumación tendrían exactamente el mismo desvalor de acción y jurídicamente tendrían el mismo significado y respuesta





desde el punto de vista punitivo, puesto que el desvalor de resultado quedaría al margen de cualquier valoración jurídica.

Así las cosas, en la realidad y en la práctica jurídica, no vamos a encontrar en puridad jurídica una teoría monista subjetiva –*creada exclusiva y excluyentemente a partir de la norma subjetiva de determinación*– que dé cuenta de un puro y absoluto «desvalor de acción», como tampoco se nos va a aparecer una teoría monista objetiva –*creada exclusiva y excluyentemente a partir de la norma objetiva de valoración*– que dé cuenta de un puro y absoluto «desvalor de resultado», pues resulta del todo imposible prescindir de manera absoluta de todos los datos subjetivos o de todos los datos objetivos en el injusto.

También, es muy importante destacar al lado de la idea de un injusto fundado en una teoría dualista de la norma –*tanto infracción a la norma subjetiva de determinación como a la norma objetiva de valoración*–, la consideración en aquellas tendencias subjetivistas del injusto acerca de si el peligro de la tentativa inidónea o imposible debe estudiarse *ex ante* o *ex post*, lo que marcará su mayor subjetividad en el caso de la primera perspectiva o una menor subjetividad, pero al fin y al cabo subjetividad por lo inidónea de la conducta para afectar el bien jurídico, en el caso de la segunda perspectiva (Sola Reche, 1996, pp. 15 y ss.).

Este asunto, crucial para el entendimiento del tema, es manifestado por Alcácer Guirao (2000), cuando señala la disputa doctrinaria en torno al siguiente punto:

De igual modo, cuando se afirma que la tentativa ha de ser, por definición, idónea, lo que se pretende aseverar es que la tentativa *punible* ha de ser idónea, relegando el ámbito de lo inidóneo a la impunidad [...] Así, esa diferencia material entre tentativa idónea e inidónea sólo tendrá sentido en el marco de una teoría objetiva, que base el fundamento de punición en el peligro de la conducta, procediendo así a deslindar lo idóneo como no peligroso y, por ello, impune. En cambio, para una teoría subjetiva, que parta de la manifestación de voluntad hostil al derecho como razón del merecimiento de pena, la distinción entre lo idóneo y lo inidóneo carecerá de dicha relevancia, puesto que ambas figuras recibirán idéntico tratamiento penal [...] En principio, cabe afirmar que la idoneidad es sinónimo de peligro, de probabilidad de producción del resultado [...] el peligro de una conducta puede ser enjuiciado desde distintos criterios: básicamente, o bien desde una perspectiva *ex ante* o bien desde una perspectiva *ex post*, de forma que una conducta considerada peligrosa desde





una perspectiva *ex ante* podría resultar inocua enjuiciado el peligro desde una perspectiva *ex post* [...] cabe perfectamente establecer diferencias entre conductas peligrosas y no peligrosas a partir de un enjuiciamiento de la idoneidad desde una perspectiva *ex post* (pp. 8, 9 y 11).

La perspectiva *ex ante* aplicada a la tentativa incrementará la subjetividad mientras que la perspectiva *ex post* la mitigará un poco. Ahora, la *ex ante* exacerbará lo subjetivo si el juicio se deja librado exclusivamente a lo que conoce y piensa el sujeto agente —«representación del autor» y/o «plan del autor»—. Será un tanto menor el subjetivismo cuando además se adose a la misma la necesidad de realización de un juicio por parte de un espectador objetivo o un juicio adicional sobre la peligrosidad objetiva de la conducta. De todos modos, si la perspectiva *ex post* tuviese la virtud de convertir a los delitos de peligro abstracto en delitos de peligro concreto, los efectos del injusto subjetivo se desvanecen y, por supuesto, decae la importancia y determinabilidad del desvalor de acción (Sola Reche, 1996, pp. 56 y 57).

Se reitera que la peligrosidad, en las teorías subjetivistas del injusto, incluso puede estar divorciada de la realidad exterior, habida cuenta de que «resulta del mentalmente anticipado juicio de peligro al inicio de la acción, que es el momento en que se hace efectiva la infracción de la norma». Así, dice Sola Reche, siguiendo a Jescheck, que «la consecuencia teórica de la teoría de los imperativos radica en la enseñanza de que la *voluntad de la acción debe ser el núcleo de la antijuridicidad* de un hecho, pues la *voluntad* humana opuesta a lo ordenado por el Derecho es la que vulnera el mandato o la prohibición contenidos en la norma» (*Ibidem*, pp. 78, 89 y 90).

Alcácer Guirao, siguiendo a Bockelmann, afirma que «el verdadero sentido de la punición de la tentativa radicaba en la reacción a la peligrosidad personal del autor, que también se manifestaba por medio de la exteriorización fracasada de su resolución delictiva», a lo que se sumaba cierto factor moralizante, pues la culpabilidad «es la misma, no importa si su plan delictivo tiene éxito o fracasa»; allí radicaban las afirmaciones sobre delitos donde faltaba el tipo —«Teoría de la falta de tipo»— o aquellas que indicaban que nos encontrábamos frente a delitos fundados en la pura culpabilidad —«Culpabilidad sin antijuridicidad»— (Alcácer Guirao, 2000, pp. 27, 29, 45 y ss.; Sola Reche, 1996, p. 22).

Ese fracaso se determina cualitativamente teniendo en cuenta solo los conocimientos del sujeto al momento de realizar la acción. Esto suministrará



el baremo para afirmar si conforme a ello podría llegar a tener éxito, sin acudir a lo que realmente sucedía finalmente, caso en el cual nos encontraríamos ante una perspectiva *ex ante*. Si cuenta en la valoración lo sucedido más allá del momento en que el sujeto agente ejecuta la conducta y lo finalmente sobrevenido, estaríamos frente a una perspectiva *ex post*. Los más subjetivistas acogen la primera perspectiva y se enfrentan así, también, a una nueva problemática casi insoluble: «la tentativa supersticiosa»¹⁶.

Las posiciones más extremas en materia subjetiva introducen el dilema, puesto que, si como afirmaba Lammasch, «solamente el querer causar, sólo el intentar como lo único psíquico en el hecho, es contra lo que el Estado con medios psíquicos puede reaccionar», también el conocido caso por la jurisprudencia alemana denominado *Totbeten*, debería resultar punible «en tanto la norma [si] se dirige a la voluntad del sujeto, bastaba que dicha voluntad se hubiera manifestado contraria a aquélla para fundamentar la punición», toda vez que si se concibe a la norma constitutiva del injusto como norma de determinación que se dirige al individuo, es lógico y obvio que «*ha de prohibir todas las conductas que [el sujeto] crea idóneas*», puesto que, en palabras de los subjetivistas extremos, no se puede reaccionar con pena «*contra otra cosa que no sea la voluntad*». Agrega Alcácer Guirao (2000):

El margen entre un enjuiciamiento jurídico y uno moral era, como vemos, muy tenue. La exteriorización de una *voluntad malvada, desobediente* -Schüler-, manifestaba ya las bajas intenciones del autor, por lo cual no habría motivo para retrasar la punición hasta un momento posterior (pp. 31, 34 y 38).

La doctrina no se encontró conforme con ello, pues demandaba, en palabras de Schüler, su punición, habida cuenta de que «también la tentativa supersticiosa es un atentado contra el ordenamiento, también con ella se ha manifestado una voluntad desobediente por parte del autor», puesto que «*también quienes quieren matar a otros con rezos han de ser considerados como peligrosos*,

16 En el año 1900, el Tribunal alemán conoció de un caso donde una mujer estuvo «acusada de haber intentado asesinar a su marido por medio de invocaciones al demonio a través de los siete libros de Moisés», conducta que escapaba al derecho, puesto que la voluntad maligna se «oculta en lo interno del hombre» y se encuentran fuera de la «causalidad física como de la psíquica», por lo que solo tiene relevancia o significación ética o moral como argumento para la absolución (Alcácer Guirao, 2000, pp. 37 y ss.).





ya que pueden volver a intentarlo con medios idóneos, por lo que no hay por qué excluir estos casos del marco de punibilidad»; de tal modo, apunta certeramente Alcácer Guirao (2000), muy a pesar de que la doctrina mayoritaria no acogió la punición de la tentativa supersticiosa pese al marcado subjetivismo en materia del injusto, es obvio que en ella subyacía una verdad incontrovertible: sus defensores «ponían de manifiesto que una aplicación coherente de la teoría subjetiva extrema obligaba a punir también estos casos» (pp. 38 y ss.).

Se utilizaron toda clase de explicaciones, hasta unas posibles de causar risa, como aquella que afirmaba que en el caso Totbeten «dicha acción no podía contener una voluntad malvada porque Dios no accedería a concederle —el resultado de muerte del rezado—, y que si en cualquier caso Dios lo concediera, eso sería prueba de que la voluntad no era malvada», refiere Alcácer Guirao (2000) de los autores de la época. Otros, con manifiesta incursión en el principio de contradicción, negaban el carácter final de la tentativa supersticiosa con base, paradójicamente, en argumentos causales, como el que «en los casos de tentativa supersticiosa no puede encontrarse una verdadera voluntad, un dolo, sino que es un mero deseo» —Kohler— o, según Von Buri, «sólo puede querer un resultado quien se ha representado un curso causal existente en la naturaleza» (pp. 38 y 39).

Guardar silencio o asumir una redacción omisiva sobre la punición de la tentativa inidónea —artículo 43 del Código Penal alemán de 1871— generó una discusión entre objetivistas y subjetivistas, en la que triunfaron estos últimos, cuando lograron imponerla, sin titubeo alguno, en el artículo 22 del Código Penal alemán de 1975 (Sola Reche, 1996, pp. 24 a 30).

El problema práctico de establecer un límite objetivo a partir del cual la tentativa es supersticiosa y se convierte en inidónea y cuando la inidónea se convierte en tentativa idónea lleva a tomar partido por lo práctico: *se renuncia a los datos objetivos que penden de la afectación del bien jurídico y se toma partido por lo más simplificado y tenido a la mano, como resulta ser la voluntad rebelde para con el ordenamiento jurídico*¹⁷. En efecto, esta dificultad es evidente, por lo que Sola Reche (1996) dirá con contundencia e indudable acierto: «*ex post* toda tentativa es inidónea —incluso

17 Y ello vale, sin duda alguna, para toda clase de tentativa (Alcácer Guirao, 2000, p. 19 —particularmente la cita de pie de página n.º 9, que apuntaba al *dolus ex re*—).



para el propio autor—, pero *ex ante* toda tentativa es idónea *para quien la realiza*»; por ello, Von Buri triunfa en la imposición de la teoría subjetiva del injusto, dado que en «la punibilidad de la tentativa [con] lo único con lo que se puede contar es [con] la voluntad del autor» (pp. 27 y 30).

Las teorías mixtas (teoría de la idoneidad objetiva del plan del autor, sobre el error ontológico o nomológico y teoría de la impresión) parten de posiciones subjetivas del injusto pero, a renglón seguido, introducen un componente de control que se hace descansar en «*la valoración de circunstancias objetiva*» que deciden sobre «*si la conducta es o no idónea*» o cómo podría serlo; en la última mencionada, por los efectos en torno al sentimiento jurídico de la colectividad, sobre la alarma social o que «minan la confianza en la vigencia del Ordenamiento Jurídico» (*Ibidem*, pp. 32 y 33).

Con Welzel se estabiliza el rechazo de la punición de la tentativa supersticiosa, muy a pesar de que su subjetivismo abrió los caminos sistemáticos para la aceptación de la tentativa inidónea que se encontraban fangosos para las dogmáticas causalistas, pues en ellas solamente podría ser insertada como un elemento extraño al sistema, considerado solo como excepcional en su presentación.

Welzel se esforzó por encontrar un argumento diferente a los causales naturalísticos para rechazar la tentativa supersticiosa, que se constituía, y aún se constituye, por lo insatisfactoria de su explicación, «como una verdadera piedra en el zapato» del injusto fundado en el desvalor de acción o en la infracción de la norma subjetiva de determinación.

Dice Welzel, referido por Alcácer Guirao (2000), que el Derecho penal es parte integrante de la ética social y «se configura como un poder espiritual, dotado de una fuerza de configuración de las costumbres y de mantenimiento en la comunidad de sus valores ético-sociales». El injusto lo es, no en cuanto lesión de bienes jurídicos, sino en tanto «lesión de deber» como «contradicción con los valores ético-sociales que las normas del ordenamiento jurídico encarnan», valor que se ve desconocido ya una vez se revela una voluntad externa que encarna lo contrario a ese poder espiritual, como lo es «la manifestación de voluntad dirigida a un resultado desvalorado, caracterizada como desvalor de acción», lo que se constituye en el «núcleo del injusto» por cuanto, antes que la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal se ocupa de la «*vigencia de los valores*





ético-sociales del acto en la conciencia ético-jurídica de la comunidad», con lo que «la inquebrantable vigencia de estos valores positivos del acto, forma el juicio ético-social del ciudadano y fortalece a largo plazo su actitud fiel al Derecho» (pp. 53 y ss.). Lo anterior se muestra conforme con un Derecho penal compatible con un injusto subjetivo como «quebrantamiento de la norma», cuya función jurídica y social estriba en el «mantenimiento de la configuración social». Su fin último es «garantizar la vigencia de la norma» y no el aseguramiento de bienes jurídicos (Serrano-Piedecabras Fernández, 2001, pp. 17 y 18).

Se produce, dice Rodríguez Mourullo (1976), «el desplazamiento del juicio sobre *la racionalidad del medio –de la agresión en la legítima defensa putativa–* de la cabeza del juez a la cabeza del enjuiciado. Mientras la ley no atribuya valor decisorio a las subjetivas representaciones del autor –*lo que evidentemente tiene ocurrencia en las teorías subjetivistas del injusto–*, la comprobación y determinación de las características legales se entiende, naturalmente, reservada a la apreciación del juez». Así, por virtud de esa traslación del juicio a la cabeza del agente del delito, en la legítima defensa putativa, terminó perfilando «la creencia errónea, pero fundada, sobre la racionalidad del medio acabó equiparándose a la objetiva ocurrencia de dicha *racionalidad*, produciéndose en última instancia una equiparación de lo erróneamente imaginado y real»; en fin, «una acción objetivamente no constitutiva de agresión, pero producida en circunstancias tales en las que cualquier hombre hubiera creído en la presencia de un acontecimiento, esto es, en circunstancias tales en las que no era exigible un comportamiento distinto al realizado, deberá estimar la concurrencia del requisito» de la legítima defensa –Córdoba Roda– como exigibilidad «*no personal, sino objetiva*» (pp. 30, 38 y 40).

Particularmente, en la tentativa inidónea, dice Welzel (citado por Alcácer Guirao, 2000), «la realidad y vigencia de este poder espiritual es ya lesionada por medio de una voluntad que toma la acción que se propone realizar como el comienzo de ejecución idóneo de un delito [...] un acto así resulta ya insoportable para el ordenamiento jurídico como poder configurador del orden». En el específico evento de la tentativa supersticiosa, afirma el padre del finalismo, «*la acción de tentativa abandona toda base de realidad*» y, por supuesto, «*tal voluntad no puede conmocionar la realidad del Derecho como poder espiritual*», recurriendo a factores externos propios





del entorno de la voluntad de acción, lo que en cierta forma implica abandonar, al menos tópicamente, el subjetivismo, pues si bien en la tentativa inidónea «el desvalor de acción en forma subjetiva, resulta quebrantado ya cuando el autor manifiesta una voluntad contraria a tal valor, es decir, cuando realiza una acción que él cree idónea para alcanzar el resultado», en la tentativa supersticiosa se da un fenómeno diferente, para lo cual acude a la idea un poco extraña del subjetivismo de la *«lesión de la realidad del Derecho como poder espiritual»*, esto es, a un *«cierto y sui generis desvalor de resultado»* (p. 59).

Con la misma arma de Welzel, según la cual el injusto está demarcado y fundamentado en la voluntad subjetiva de quebrantar a la ley, tanto en el delito tentado como en el consumado, sin que la buena o mala puntería del agente determine la posición del dolo en el tipo si se da la primera, o en la culpabilidad, si se presenta el segundo, aquí habría que decir consecuentemente que resulta una *contraditio in adjecto* postular un cierto *«desvalor de resultado»* en la tentativa supersticiosa, cuando el mismo no se muestra como relevante para la tentativa inidónea o, al menos, así no se declara expresamente.

Aquí no y allá sí. Juega con una moneda con las dos caras iguales, pues echa de menos para la tentativa supersticiosa *«la potencialidad perturbadora de las convicciones jurídicas de la colectividad»*, por lo que el juicio se desplaza del autor y su conciencia al entorno, dejando de ser puramente subjetivo, pues ahora la afectación se adscribe y se concentra en la *«lesión a la paz jurídica»* también llamada por Lampe *«desvalor de la relación»* -¿nueva categoría?, por Lenckner un *«desvalor de resultado de carácter no técnico consistente en la creación de una impresión conmovedora de la vigencia del Derecho»* o por Lesch como *«el daño a la vigencia de la norma»*, por lo que algunos lo censuran afirmando que con ello nos encontramos frente a una «ética del acto, más cercana a la moral que al derecho, por cuanto son las intenciones manifestadas, y no solo las acciones materialmente lesivas para los bienes jurídicos, las que quebrantan la vigencia del ordenamiento» (Alcácer Guirao, 2000, pp. 61 y ss.).

Intenta superar la crítica manifestando que per se no es la voluntad contraria al deber la que estructura sin más ni más la lesión al deber, sin atender el «sentido social de la acción», que se encarna en «la realidad del Derecho como poder espiritual [y que] sólo resultará quebrantada cuando





la voluntad manifestada pueda repercutir negativamente en el sentimiento jurídico social fiel al Derecho, poniendo en duda la autoridad y vigencia del ordenamiento como poder conformador del orden social»; es decir, la tentativa supersticiosa si bien da cuenta *«formalmente de una voluntad individual [...] aun existiendo un desvalor de acción, no alcanza el grado suficiente de energía criminal»* para *«poder poner en cuestión en el sentimiento jurídico colectivo la vigencia del valor ético-social»*, para un merecimiento de pena (*Ibidem*, p. 64).

Son en vano los esfuerzos, o el injusto se funda y se constituye a partir del desvalor de acción o se requiere adosarle algo más propio del entorno y por fuera de la consciencia individual del agente del delito, algo que se pierde en la subjetividad del intérprete y vuelve a colocar la teoría subjetiva de la tentativa inidónea en el plano práctico probatorio: como no es posible demostrar el grado suficiente de energía criminal apta para conmocionar al poder espiritual del Derecho, debemos contentarnos con la voluntad y su dirección, quedando en manos de un juzgador diletante la solución *ad hoc* y casuística de los casos particulares.

Piénsese, además, cómo habría de tratarse el problema de la tentativa supersticiosa en países donde todavía perviven pensamientos extraños y heterodoxos al pensamiento científico occidental, como sucede en Haití con la práctica de la santería y el vudú, donde la llamada tentativa supersticiosa cobraría una importancia inusitada en la capacidad de conmocionar el poder espiritual del Derecho, por el poder de eficacia que se tiene en la explotación del llamado efecto nocebo y placebo (Valle Oñate, 2019).

Pero además, ¿cómo tratar el problema en aquellos países marcados por la cultura occidental que tienen amplias capas sociales de inmigrantes con pensamientos y consciencias heterodoxas que, si se desconocen, pueden entonces, según Welzel, conmocionar la paz jurídica?

Por último, en torno a esta crítica, la ciencia moderna ha demostrado la significativa importancia del efecto placebo y nocebo como se acredita con las enseñanzas del médico inmunólogo y experto en neurociencias Valle Oñate —antes citado—, a través de las cuales se puede demostrar que fenómenos heterodoxos para el pensamiento occidental podrían tener efectos psicológicos suficientes para hacer una revisión exhaustiva de las consideraciones welzelianas sobre la tentativa supersticiosa.





En fin, como decía Spendel, citado por Alcácer Guirao (2000), «la teoría subjetiva del finalismo en materia de tentativa llevaba a la punición de la actitud interna y venía a borrar las fronteras entre Derecho y moral». Dicha vaporización de límites llevaría hasta sus últimas consecuencias los intensificadores del subjetivismo en materia del injusto, es decir, a alumnos de Welzel, quienes consideran necesario y suficiente «para fundar la punición, la mera desobediencia, la contradicción de la norma por la voluntad, sin referentes perturbadores externos». Ello no deja de constituirse en un grave problema constitucional en los Estados pluriculturales y pluripolíticos, al facilitar un «intervencionismo excesivo en la esfera de la autonomía privada de los ciudadanos» por la «etización del Derecho penal» (pp. 65 y 66), cuya legitimación constitucional es bastante dudosa y absolutamente contraria a la Carta Política colombiana de 1991, muy especialmente por lo dispuesto en su artículo 7¹⁸.

Por tanto, para las teorías subjetivas del injusto resulta evidente que «los límites entre la injusto y lo justo han de trazarse conforme a la representación subjetiva del autor». Ese límite, en definitiva, se hace depender «de la subjetiva representación del autor» y, cuando se trata de admitir la defensa putativa como excluyente de antijuridicidad, «precisamente de una *representación subjetiva errónea*»¹⁹.

Hoy las teorías subjetivas ya no se alimentan de la discusión en torno al concepto de acción, se imponen por virtud de la adopción de la infracción a la norma subjetiva de determinación como fundamento del injusto, por lo que seguidores de Welzel llevaron la penetración de lo subjetivo en el injusto hasta sus últimas consecuencias como lo hicieron Armin Kaufmann y Dhietarth Zielinski. Ellos postularon, fundamentalmente, que i) el resultado no pertenece al injusto; y, ii) el desvalor de acción se agota en la voluntad final, se convierte en desvalor de la intención, y es el único que conforma el injusto (Alcácer Guirao, 2000, pp. 67 y ss.).

Estas discusiones ponen de presente el cuidado de atender, sin examen previo y profundo, una u otra teoría a partir del Derecho penal expuesto

18 Cfr. Gómez Pavajeau, 2020b, pp. 347 y ss.

19 Cfr. Rodríguez Mourullo, 1976, pp. 30 y 31.





por quienes construyen sus propuestas a partir del ordenamiento jurídico y con base en las normas constitucionales de sus propias nacionalidades, puesto que en no pocas ocasiones estas se muestran opuestas a nuestro propio sistema colombiano. Por consiguiente, muchas de esas propuestas pueden advertirse como inconstitucionales, sin que sea dable argumentar que se requiere hacer una reinterpretación de las normas de nuestra Carta Política, pues si en virtud del Control de Convencionalidad la interpretación y aplicación de normas internacionales sobre derechos humanos debe «pagar peaje», con mayor razón las doctrinas extranjeras por muy importantes que sean sus autores. En consecuencia, deben someterse al tamiz del juicio constitucional y convencional de conformidad con el mandato contenido en los artículos 1, 2, 4, 9, 85, 86, 93, 94 y 228 constitucionales, 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en tanto que nuestro derecho penal se encuentra constitucionalizado y convencionalizado.

Es obvio, ninguna discusión puede suscitarse si la aplicación de una norma contenida en un tratado internacional o en varios tratados sobre derechos humanos debe ser sujeta a un análisis constitucional-convencional, por virtud de lo dispuesto en el artículo 93 de la Carta Política en armonía con el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo cual no requiere ninguna reforma al orden jurídico interno, pues ya los tratados sobre derechos humanos han sido incorporados a nuestro ordenamiento jurídico —*son fuentes del Derecho de aplicación inmediata y hacen parte del Bloque de Constitucionalidad*— y los derechos, deberes y obligaciones contenidos en los mismos deben servir de criterios de interpretación de la Carta Política según su artículo 93. Entonces, ante una discrepancia entre el orden público internacional de los derechos humanos y el orden jurídico interno, resulta imperativo, necesario e inexorable dar aplicación al principio pro homine o pro libertate de la hermenéutica jurídica una vez dilucidado cuál es el mejor estándar de garantías que emana del juicio comparativo de lo internacional con lo internacional y de lo internacional con lo nacional, según la orden perentoria del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos que se constituye en el cuerpo y alma del Control de Convencionalidad.

Si ello ocurre con respecto a lo normado por los tratados internacionales sobre derechos humanos, con mayor razón tiene que ser así con la doctrina extranjera, por muy significativos e importantes de nombre y renombre que sean los doctrinantes que utilicemos para informar nuestro criterio jurídico.





CAPÍTULO 2.

Aporías jurídicas *contra legem*: advertencia de cómo la doctrina y la jurisprudencia pueden perder la perspectiva normativa y terminar implantando ideas y conceptos jurídicos contrarios al ordenamiento jurídico y hasta forzándolo a la realización de cambios legales



Y tal advertencia es necesaria y atendible, puesto que, como vamos a referir, la influencia de las opiniones de la doctrina y la jurisprudencia en muchas ocasiones se imponen, incluso *contra legem*, y se asientan con pretensiones de uniformidad y permanencia, que hasta propician reformas legales acogiendo en los códigos penales:

- a) Imposición de la teoría subjetiva de la tentativa por encima de la teoría objetiva muy a pesar de no contenerse en el texto legal un punto de partida a favor de aquella, que prácticamente obligó a la actual fórmula subjetiva consagrada legalmente por el Código Alemán de 1975 (artículo 22²⁰).

Así sucedió, por ejemplo, a propósito del movimiento que dio origen al subjetivismo en materia del injusto en Alemania con la doctrina propuesta, defendida e impuesta por Von Buri, en torno a la punición de la tentativa inidónea que no se afianzaba en un texto claro como el artículo 43 del Código Penal de 1871²¹; no obstante, fue acogida por la sentencia del *Reichsgericht* en mayo 24 de 1880, que según Alcácer Guirao (2000) «marcará el comienzo del fin de la hegemonía que, desde tiempos de Feuerbach, habían gozado las teorías objetivas, así como el consiguiente giro hacia el subjetivismo que en materia de tentativa se produce en la jurisprudencia alemana y que desemboca en la regulación, de marcado carácter subjetivo, de la citada figura en el Código Penal alemán actual». Para Von Buri, el *«fundamento de la punición de la tentativa sólo puede serlo la voluntad manifestada rebelde a la autoridad de la ley»*. «Basta, por tanto, con que el autor crea que con su conducta conseguirá realizar el resultado, siendo irrelevante la realidad exterior en la que se desenvuelve la acción», dice Alcácer Guirao (2000). Con ello se consiguió no dejar impunes las tentativas que se hubieren manifestado peligrosas para los bienes jurídicos (pp. 17, 18 y 19).

20 «Determinación del concepto (de tentativa). Intenta un delito quien según su representación del hecho inicia directamente la realización del tipo».

21 «Quien haya manifestado la resolución de cometer un crimen o delito, mediante acciones que contienen un principio de ejecución de este crimen o delito, será castigado por tentativa, si el crimen o delito proyectado no ha llegado a la consumación. La tentativa de un delito será castigada, sin embargo, sólo en los casos en los cuales la ley lo determina expresamente».





Se impuso en Alemania, legalmente, lo que doctrinal y jurisprudencialmente al margen de lo expuesto en la ley –artículo 43 del Código Penal de 1871– se había creado, desarrollado y decantado por más de cien años: *«como tentativa inidónea se castiga la conducta que para el autor supone comenzar directamente la realización del delito con independencia de su falta de peligrosidad debido a la inidoneidad de los medios o del objeto»* (Sola Reche, 1996, pp. 29 y 30²²). Su esencia es el artículo 22 del Código Penal de 1975: *«intenta un delito quien según su representación del hecho inicia directamente la realización del tipo»*.

- b) En España, donde doctrina y jurisprudencia impusieron su visión subjetiva del injusto en materia de reconocimiento del elemento subjetivo de la justificante y de la tentativa inidónea, pero muy especialmente el giro de la jurisprudencia hacia una tendencia objetiva y la reforma con la expedición del Código Penal de 1995, muy a pesar de la redacción en tal sentido dada por el artículo 16, numeral 1.^o²³, la doctrina mantiene una posición subjetivista.

Otro tanto sucedió en España con la discusión acerca de si un error sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación, en concreto sobre el elemento de la necesidad de reaccionar defensivamente frente a un ataque, conocido también como defensa putativa, operaba como causal de justificación o como causal de inculpabilidad. Este último caso implicaría un tratamiento más favorable, pues si se llegara a fallar la alegación enfocada en la causal de justificación, quedaba como remanente la postulación como causal de inculpabilidad.

22 Francesco Carrara opinaba sobre el texto anterior: «Aplaudo al legislador alemán por haber abandonado por completo la configuración del delito frustrado, la que, si es verdadera desde el punto de vista científico, es tan difícil de ser comprendida por los que no son juristas, que en la práctica da lugar a insuperables dificultades e injusticias». En realidad, ello muestra cómo la literalidad no acompaña una interpretación que avale la tentativa inidónea, como lo reconoce una autoridad jurídica precisamente de un país como Italia, que se opone sempiternamente a la aceptación de un injusto subjetivo (Finzi & Núñez, 1945, p. 66).

23 «Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor».





La doctrina y la jurisprudencia acogieron la posición que otorga validez a la idea de una causal de justificación cuando existe una agresión putativa, puesto que *«debe entenderse que existe una agresión cuando concurren circunstancias tales que dan lugar a que el sujeto racionalmente crea en la inminencia de un ataque»*, esto es, comentaba Córdoba Roda, *«se abre paso la idea de que la racional creencia, en la presencia de una ilegítima agresión, equivale a su real concurrencia»*, para lo cual se citan las sentencias del 16 de febrero de 1942 y del 4 de noviembre de 1942 del Tribunal Supremo (Rodríguez Mourullo, 1976, pp. 10 y 11). Esta opinión también fue impulsada por el profesor Antón Oneca, quien afirmaba que no solo resultaba relevante para el reconocimiento de la legítima defensa la *«realidad del peligro»*, sino también *«la opinión fundada que el sujeto haya podido racionalmente formar sobre su existencia y gravedad»*; es decir que la eximente *«debe interpretarse en relación con los principios generales de la culpabilidad»*, posición en la cual subyacía un criterio subjetivo del injusto que posteriormente sería corregido –sentencias del 21 de enero de 1969, 24 de septiembre de 1970, 20 de marzo de 1972, 8 de febrero de 1974 y 23 de mayo de 1975, entre muchas más– para destacar una clara separación sobre lo relevante para la antijuridicidad y lo relevante para la culpabilidad, tratando el error sobre dicho requisito, cuando era meramente putativo, como una causal de inculpabilidad (*Ibidem*, pp. 21 y ss. y 31 y ss.).

Así mismo, se destaca que la fórmula de la tentativa inidónea no fue reproducida en el Código Penal español de 1995; no obstante, todavía son muchos los doctrinantes que sostienen que la institución se encuentra vigente (Cfr. Alcácer Guirao, 2000, pp. 1 y ss.; Sola Reche, 1996, pp. 36 y ss.), lo que atribuye Serrano-Piedecabras Fernández (2001) a la «fuerte influencia que sigue teniendo el pensamiento dogmático alemán» en los autores españoles, particularmente, por la excesiva tendencia subjetivista de la Escuela de Bon (pp. 40 y ss.).

Esto sucede, por ejemplo, con el impresionante trabajo de Moreno-Torres Herrera, quien se decanta por una interpretación del injusto bastante cercana al purismo de los efectos de la infracción de la norma subjetiva de determinación que llama «sistema monista» no netamente subjetivista, para plantear que el Código Penal español de 1995 no ha variado la interpretación que se había venido haciendo anteriormente sobre la mal llamada tentativa inidónea, no porque no exista, como creemos los objetivistas en materia de injusto, sino porque la misma debe ser considerada una tentativa punible sin mayores problemas atribuibles a «míticas diferencias a las que





teóricamente conducen las teorías subjetivas y objetivas», salvo cuando los casos críticos tratados caen en la llamada tentativa irreal impune. La tentativa punible debe instituirse a través del establecimiento de una peligrosidad *ex ante*, como expresión de un desvalor de acción que demuestra «su capacidad o idoneidad para alcanzar el resultado», lo cual ya «fundamenta suficientemente la constitución de un ilícito jurídico-penal», por lo que la punibilidad solo se excluye cuando la tentativa es irreal, evento en el cual, muy a pesar de existir desvalor de acción, no revela ninguna peligrosidad *ex ante* por su «incapacidad o inidoneidad para alcanzar el resultado». Dichos criterios son respaldados por el profesor Zugaldía Espinar, quien califica de absurdas las interpretaciones contrarias, según las cuales el artículo 16 del Código Penal español de 1995, al utilizar la expresión sobre actos que «objetivamente deberían producir el resultado», no ha dispuesto nada nuevo frente a lo anterior subjetivamente comprendido, pues tal examen debe hacerse exclusivamente desde la perspectiva *ex ante* del agente del delito, posición que implica que para «el espectador objetivo *ex ante* son idóneas o capaces de causar el resultado» (Moreno-Torres Herrera, 1999, pp. 19 a 20 y 25 a 32).

- c) En Colombia, la jurisprudencia demanda el elemento subjetivo de la justificante en el ámbito de vigencia de los códigos penales de 1980 y 2000, que no consagran y más bien repelen la tentativa inidónea, incluso en vigencia de la Carta Política de 1991, cuando los antecedentes fueron creados en 1948 en vigencia de la Ley 95 de 1936 bajo la égida de un código positivista criminológico en línea ferriana y la existencia en el mismo del artículo 18 que punía la tentativa imposible.

En materia de legítima defensa, la jurisprudencia penal en Colombia se orienta por reclamar, para el reconocimiento de la legítima defensa, la existencia y presencia tanto de los elementos objetivos externos como los subjetivos internos de la causal de justificación, muy a pesar de que así no lo exige la ley. Esta tampoco ha considerado la tentativa inidónea o imposible, que según la doctrina es lo que justifica y legitima la demanda por la exigencia del elemento subjetivo de la justificante.

Así, al referirse a la «dirección de la conducta», parece requerir el elemento subjetivo de la justificante, pues señala que «para el reconocimiento de la justificante como causal de exclusión de la antijuridicidad –legítima defensa– debe aparecer plenamente demostrada en todos sus elementos conformantes



—existencia de la agresión, actualidad o inminencia, *dirección hacia derecho propio o ajeno*, necesidad de defensa y proporcionalidad»²⁴.

Se retomó una línea jurisprudencial que exige elementos subjetivos para el reconocimiento de la legítima defensa, pues se dice que es propio de ella «que el injustamente *agredido actúe con la intención de producir daño al agresor*, para evitar que con su conducta lesione el bien jurídico que se intenta proteger»²⁵. En el aspecto probatorio, tal línea jurisprudencial viene expresada cuando se dice que «para acoger la legítima defensa como causal de exclusión de la antijuridicidad debe estar plenamente demostrada en todos sus elementos conformantes y no debe existir reparo probatorio de ninguna naturaleza que ponga en duda su existencia»²⁶.

Revisados los antecedentes de dicha línea jurisprudencial puede decirse que esta se encuentra anclada en lo expuesto en la sentencia del 25 de junio de 1948, proferida por la Corte Suprema de Justicia, en la que se dijo:

La defensa, para que sea legítima, debe ser tan clara, objetiva y subjetivamente, que cualquier matiz que la perturbe o la haga borrosa no sirve como elemento de duda para darle apariencia favorable a quien la alega, sino para demostrar que esa actitud justificable no existió²⁷.

24 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 3 de diciembre de 2001. M. P.: Jorge Aníbal Gómez Gallego. En *Jurisprudencia Penal, Extractos*. Velásquez Gómez (comp.), segundo semestre de 2001, p. 313.

25 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de octubre de 1994. M. P.: Ricardo Calvete Rangel. En *Jurisprudencia Penal*, segundo semestre de 1994. Editora Jurídica de Colombia, p. 447.

26 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 24 de enero de 1996. M. P.: Jorge Córdoba Poveda. En *Jurisprudencia Penal*, primer semestre de 1996. Editora Jurídica de Colombia, p. 100. Parece, pero no lo aborda, que tal doctrina fuera modificada por la sentencia de casación del 26 de enero de 2005, radicación 15.834, M. P. Yesid Ramírez Bastidas, puesto que señaló que en materia de legítima defensa si existe duda probatoria, esta debe resolverse a favor del imputado.

27 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de junio de 1948. M. P.: Ricardo Jordán Jiménez. En *Gaceta Judicial*, LXIV de 1948, p. 526. Fue ratificada por las sentencias del 28 de noviembre de 1950, 13 de julio y 16 de octubre de 1951; *Código Penal comentado* (1967, Ortega Torres [comp.], Bogotá: Temis, p. 44).



Posteriormente, afirmó que «conforme a doctrina constante de la Corte, debe aparecer claramente probada, tanto objetiva como subjetivamente, lo que es apenas lógico, en atención a que la defensa justa, en el fondo, significa el ejercicio de un derecho, y los derechos, para ser reconocidos, requieren ser comprobados en debida forma»²⁸.

Además de lo anterior, no existe ninguna otra referencia legal o doctrinaria, mucho menos jurisprudencial, para respaldar tal criterio. No dice la Corte de dónde extrae tal criterio o cómo surge el mismo en el ámbito de las decisiones del más alto tribunal de justicia del momento.

Se evade toda discusión de fundamentar la exigencia de elementos subjetivos en la teoría de la norma. Predomina un puro empirismo práctico, matizado más por razones de autoridad que por argumentos de razón.

Así mismo, el tratamiento no se hace globalmente, esto es, legitimando la exigencia de los elementos subjetivos de justificación para todas sus manifestaciones o causales, sino que impera el más crudo casuismo en el ámbito de la legítima defensa.

Seguramente la explicación se encuentra en el ambiente jurídico que vivía el país para la época en que se inauguró tal jurisprudencia. Aquellos tiempos fueron de vigencia palpitante de las teorías positivistas de la línea ferriana, en la cual, para el reconocimiento de eximentes de responsabilidad, lo más importante era el factor subjetivo, el que se presentaba como necesario y suficiente, pudiéndose desechar incluso el objetivo, habida cuenta de que se entendió por Ferri que la legítima defensa putativa era una causal de justificación.

No obstante lo anterior, recientemente la rectora de la jurisprudencia nacional, en sentencia de casación, hizo explícita la demanda de los elementos subjetivos de la justificante, al menos, sin duda alguna, en el ámbito de la legítima defensa, sin hacer mención de la tradición jurisprudencial antes reseñada, pero incurriendo en los mismos errores: afirmaciones fuera de contexto «sistemático» y no alusión de la fuente normativa en la cual se ancla la exigencia.

²⁸ *Gaceta Judicial*, tomo XCIII de 1960. Sentencia de casación del 5 de octubre de 1960. M. P.: Simón Montero Torres, p. 793.



El concepto de la legítima defensa y del exceso en los límites que le son propios requieren también de un elemento de carácter subjetivo que se concreta en el ánimo de defensa, el cual apunta a que el agredido debe obrar con conocimiento y voluntad en la situación de defensa necesaria²⁹.

Solo se argumenta —con apoyo en cita de Fernando Velásquez Velásquez— que no exigir un elemento subjetivo de la justificante ubicaría la teoría penal en la «tradicional doctrina causalista» y de no aceptarse tal ingrediente «debía admitirse como justificada la conducta de quien crea simplemente el pretexto de legítima defensa».

En primer lugar, de la posición de la jurisprudencia se extrae —por repudiar la solución de la dogmática «tradicional causalista»—, que acepta la dogmática finalista y por tal vía no solo se exigen elementos subjetivos de la justificante en la legítima defensa, sino también se exigiría en todas las demás causales de justificación.

El exceso nada tiene que ver con los elementos subjetivos de la justificante, puesto que este se determina a partir de la necesidad de la defensa, de los medios disponibles para ella y de la forma y modo de la agresión. Por el contrario, el exceso reclama un análisis subjetivo pero en el ámbito de la imputación subjetiva —por dolo o por culpa— y no para determinar el «valor de acción» como elemento de la justificante en la doctrina finalista.

Finalmente, respecto de la afirmación de que solo teniendo en cuenta el elemento subjetivo de la justificante es como puede determinarse la punibilidad de quien «crea simplemente el pretexto de legítima defensa», yerra la Corte en tal apreciación, toda vez que también en la dogmática causalista tal requisito viene exigido y no ha creado problema alguno que obligue a demandar un elemento subjetivo de la justificante. Por el contrario, ya cuando aparece objetivamente que se creó la situación como pretexto de una legítima defensa, resulta absolutamente claro que no se presenta dicha causal de justificación por falta del requisito objetivo «necesidad de repeler un ataque antijurídico»: tal ataque no puede ser calificado de antijurídico, pues el sujeto en quien se crea la situación de ataque resulta dominado en

29 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 5 de mayo de 2004, radicación n.º 19.992. M. P. Mauro Solarte Portilla. En *Jurisprudencia y Doctrina* n.º 391, julio de 2004. Bogotá, Legis, p. 1055.



su voluntad por quien pretende ampararse en la legítima defensa, en tanto que tiene el control de aquel; y, de no presentarse lo anterior, de todos modos no se trata de una reacción necesitada, sino buscada y, por lo tanto, excluida del juicio valorativo objetivo.

Citar doctrina sin verificar si la misma se ajusta o no a los preceptos constitucionales puede representar algo muy problemático, lo mismo que cuando se trata de reiterar posiciones jurisprudenciales creadas bajo la égida de códigos penales con orientación específica, como sucedía con la Ley 95 de 1936, Código Penal de 1936, que era de corte positivista ferriano y que, al efecto, consagraba específicamente la tentativa imposible en su artículo 18 al disponer que «*si el delito fuere imposible, podrá disminuirse discrecionalmente la sanción establecida para el delito consumado, y hasta prescindirse de ella, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 36*» y este, a su vez, establecía que «*dentro de los límites señalados por la ley, se aplica la sanción al delincuente según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente*».

De manera acrítica, tales posiciones fundadas en el positivismo ferriano, que enarbolaba la peligrosidad social como fundamento de la responsabilidad y constataba la existencia de la punición de la tentativa inidónea, implicaban un impulso al reconocimiento y la demanda de exigencias del elemento subjetivo de la justificante durante la vigencia del Código Penal de 1936, pero no más allá como se ha hecho respecto de jurisprudencia penal en vigencia del Código Penal de 1980 –*Decreto 100 de 1980*– y del Código Penal de 2000 –*Ley 599 de 2000*–, ambos fundados en el principio de un derecho penal de acto y un injusto general-objetivo. Pero, además, se han esgrimido dichos argumentos jurisprudenciales en plena vigencia de la Carta Política de 1991, que consagra una referencia muy clara hacia el injusto general-objetivo y el Derecho penal de acto, según los desarrollos jurisprudenciales en la materia que ha efectuado la Corte Constitucional.

Estas posiciones diletantes y poco sólidas, incoherentes y contradictorias, crean inconsistencias sistemáticas con repercusiones en la justicia material inaceptables, pues en Alemania, como veremos más adelante, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias reconocen la punición por la vía de la pena de la tentativa inidónea cuando no se encuentra presente el



elemento subjetivo de la justificante. Ello no es posible, pues se tendrá que sancionar como delito consumado por su no regulación en los códigos penales de 1980 y 2000.

Vaya paradoja: un sistema penal como el colombiano, que se funda y legitima en un injusto general-objetivo, sanciona con mayor pena la ausencia del elemento subjetivo de la justificante —*al menos ello es claro respecto de la legítima defensa*— que el sistema penal alemán de claro corte orientado por un injusto personal-subjetivo, al aplicarle la sanción correspondiente a la tentativa inidónea. Sin embargo, lo más absurdo es que un código de corte positivista criminológico como el de 1936 daba pábulo para que la solución se diera en el marco de la pena de la tentativa inidónea —*artículos 18 y 36*—, con posibilidades incluso de prescindir de la pena, aun cuando quedará vigente la declaratoria de responsabilidad por realización de conducta típica, antijurídica y culpable, que unos códigos de mayor calado de garantías como los de 1980 y 2000, fundados en las nociones de injusto general-objetivo y derecho penal de acto³⁰. Tal contrariedad no podría ser mayor, pues la misma raya en una *contradictio in adjecto*.

Los principios *pro homine* y *pro libertate* nos obligan a pisar en terreno firme a la hora de respetar las garantías penales, así como a evitar fisuras jurídicas por las que se cuele la aplicación de conceptos inconstitucionales y/o inconvenientes, de manera que doctrina y jurisprudencia deben ser los custodios del respeto e incolumidad del orden jurídico, tal como lo exigen los artículos 1, 2, 4, 9, 85, 86, 93, 94 y 228 de la Carta Política y 1 y 2 del Decreto 196 de 1971.

Somos conscientes de la constitucionalización del Derecho penal y también que de sus principios, valores y derechos constitucionales fundamentales emergen las diferentes teorías de la norma, muy especialmente, y como fundamentadora del injusto, la postura necesaria e imprescindible de lo axiológico³¹ como también la cofundamentadora imperativista impuesta por las teorías preventivas de la pena o «función preventiva de la pena», como afirma Sola Reche (1996):

30 Cfr. Gómez Pavajeau, 2017c.

31 Cfr. Gómez Pavajeau, 2020c. Ver estudio cuarto: *Dogmática penal y teoría del injusto en el nuevo Código Penal*.



La eficacia de la prevención depende, pues, de ambos factores: de una amenaza de la pena (a) capaz por su fuerza de convicción, de determinar su aceptación por parte de sus destinatarios. (b) Junto a la prevención intimidativa debe destacarse, pues, la prevención positiva que tiende a afirmar el Derecho en la conciencia jurídica de sus destinatarios (pp. 52 y ss.).

No se trata de ser pasivos y tolerantes ante las veleidades de quienes quieren importar teorías extranjeras sin someterlas a la crítica y tamización constitucional, cuando ello sí se exige perentoriamente para la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Por virtud de una interpretación lógica, si el orden público internacional de los derechos humanos no resulta de la aplicación ciega y mecánica en nuestro orden interno, como lo disponen los artículos 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, con mayor razón así también tendrán que «pagar peaje» los conceptos doctrinales y jurisprudenciales de otras latitudes cuando sean incompatibles con los principios, valores y derechos constitucionales fundamentales³².

Presupuesto necesario de lo anterior, en consecuencia, es el estudio de los diferentes modelos de injusto que se conocen en la doctrina y la jurisprudencia para obrar coherentemente cuando se trate de estudiar y aplicar las regulaciones legales sobre la materia en Colombia³³.

Por ello es claro que, ante lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos humanos y la Carta Política de 1991, debemos mirar con mente muy crítica las afirmaciones de teorías donde:

- a) La importancia de la voluntad se exagera hasta límites radicales del subjetivismo, de tal manera que la tentativa se concibe como la «voluntad contraria a derecho» –*Schönke-Schröder*–, el injusto como «el acto final contrario al deber (norma)» –*Kaufmann*– o como «la manifiesta rebelión del autor contra la ley» –*Von Buri*– (Serrano-Piedecabras Fernández, 2001, pp. 46, 47, 51 y ss.). La metodología ontológica de Welzel –*desvalor de acción*–, precedida de las estructuras lógico-objetivas, así lo impuso con su concepto de acción final, de donde se derivaron máximas como que *i)* «la acción

32 Cfr. Gómez Pavajeau, 2017a.

33 Cfr. Gómez Pavajeau, 2017c.



causal es ciega y la finalidad es vidente»; ii) «la finalidad supradetermina la causalidad»; y, iii) «la finalidad colorea a la acción humana». Posteriormente, la subjetividad se profundizaría con alumnos de Welzel como Kaufmann y Zieliski, quienes extremaron y llevaron hasta sus últimas consecuencias la infracción de la norma subjetiva de determinación en la constitución del injusto.

La norma es concebida como un instrumento encaminado a motivar a sus destinatarios en forma de orden de hacer o no hacer, que lo conmina a mantenerse sin crear circunstancias que afecten la «situación objetiva apreciada como valiosa por el ordenamiento jurídico», dice Serrano-Piedecabras. Este mismo autor cita a Zieliski para confirmar que «la norma de determinación tiene como fin exclusivo el imponer el juicio de valor secundario: prohibir el acto que debe no ser, mandar el acto que debe ser» y el desvalor radica en la acción y en la intención contrarias al resultado, de manera que impera «el punto de vista personal (subjetivo) del autor», afirma Kaufmann. De todos modos, para ambos no existe diferencia entre el injusto de la tentativa y el injusto de la consumación, y para Zieliski, la norma «no puede motivar a su cumplimiento bajo particulares circunstancias objetivas regidas por la casualidad o desconocidas para el destinatario de la orden» (Serrano-Piedecabras Fernández, 2001, pp. 52 a 54, 56 y 60).

- b) La realidad se pone al margen por la aceptación de un valorativismo absoluto e incontrolable, donde el injusto concebido en el ámbito de un Derecho penal puede tender a incriminar «meras representaciones mentales, actitudes o modos de vida», dado que se entiende que aquel sirve «al mantenimiento de la configuración social» en tanto su función «reside en garantizar la vigencia de la norma (*teoría del quebrantamiento de la norma*)». En esta última el ilícito queda fundamentado en el criterio que mira el comportamiento social desde la «perspectiva de la desautorización de la norma» y así, consecuentemente, la tentativa, incluso la inidónea, se muestra como su «*quebrantamiento absolutamente perfecto*» ya revelado con la infracción del deber jurídico. No queda para nada difícil equiparar el injusto de la tentativa con el injusto del delito consumado con igual «merecimiento de pena»³⁴.

34 Cfr. Serrano-Piedecabras Fernández, 2001, pp. 38, 39 y 40.





Así, contundentemente, hemos afirmado para Colombia un injusto general-objetivo fundado en la protección de bienes jurídicos constitucionales (Roxin, 2016f, pp. 29 y ss.; Barbosa Castillo & Gómez Pavajeau, 1996³⁵) y configurado a partir de la antijuridicidad material, cuya precisión se obtiene a través de los subprincipios de pertenencia conformantes de la misma, como lo son: *i*) subprincipio formal de la antijuridicidad material; *ii*) subprincipio material de la antijuridicidad material; *iii*) subprincipio real de la antijuridicidad material; *iv*) subprincipio funcional –funcionalidad externa y funcionalidad interna– de la antijuridicidad material y *v*) subprincipio social de la antijuridicidad material (Gómez Pavajeau, 2020b, pp. 398 y ss.).

35 «Se trata de identificar una serie de principios o valores rectores que orienten las finalidades político-criminales del sistema, proyectando en cada presupuesto del hecho punible la carga axiológica a la que responde su función [...] El marco valorativo de los fines del Derecho penal debe situarse, sin duda, en la configuración del modelo de Estado que la evolución del pensamiento político y el consenso social han plasmado en el Texto constitucional [...] Es absolutamente mayoritaria en la doctrina constitucional la opinión de que la fuerza normativa del reconocimiento de la dignidad de la persona impone una configuración *neopersonalista* de las relaciones individuo-sociedad» (Valle Muñiz, 1994, pp. 20, 21 y 25. También Mir Puig, 2011, pp. 58 y ss.).





CAPÍTULO 3.

Teorías de la norma y constitución del injusto



Superadas las intensas disputas entre causalistas y finalistas, hoy la discusión en torno a la construcción de la teoría del delito descansa en la teoría de la norma, lo que significa que se ha dado un giro decisivo de las metodologías ontológicas a las metodologías jurídicas. Ya no es el concepto de acción la piedra angular sobre la cual se construye el edificio de la teoría del delito, sino que tal lugar lo ocupa la teoría de la norma, con muy especial relevancia e incidencia en la teoría del injusto (ampliamente en Moreno-Torres Herrera, 1999, pp. 35 y ss.).

Por ello, afirma Sanz Morán (1993), con incuestionable acierto y precisión, que «la naturaleza que se asigne a las normas jurídico-penales será el dato decisivo a la hora de decidirse por una u otra concepción del injusto», habida cuenta de que «desvinculada la teoría del injusto del debate en torno al concepto de acción y centrada la discusión en el terreno normativo, la situación cambia» y las soluciones igualmente serán disímiles (p. 4).

Valle Muñiz (1994) expresa de manera clara y contundente que «la configuración del contenido de lo injusto se halla concatenada a la concepción de la norma penal que se sustente» y, en medio de la disputa entre partidarios de las normas objetivas de valoración y los de las normas subjetivas de determinación, «las tendencias actuales sobre el contenido de la antijuridicidad intentan hallar fórmulas de equilibrio». Defiende la importancia de la norma objetiva de valoración en la constitución del injusto sin desdeñar de la norma subjetiva de determinación, por lo que la primera no puede relegarse exclusivamente al ámbito previo de la valoración legislativa, sino que debe incidir en el juicio concreto del juez, puesto que si así no se procede, se corre el riesgo de perder una importante instancia garantista que suministra el «componente valorativo de la norma» (pp. 31 y 33).

Es clara su opinión y su reflejo en una concepción liberal del Derecho penal:

[...] es preciso un Derecho penal de garantía que aúne a los fines meramente preventivos otros de justicia encaminados a autolimitar la intervención punitiva en la medida de la mejor injerencia posible en la libertad de los ciudadanos. Y, entonces, *la norma jurídico-penal no sólo determina, motiva o previene, sino que también valora, esto es, configura con criterios de justicia el ámbito de lo prohibido penalmente* (Ibidem, p. 33).





Así, entonces, se tiene que las normas de valoración y de determinación cumplen importantes funciones en el actual Derecho penal, pues mientras esta última va «dirigida genéricamente a los ciudadanos, la norma de valoración se vincula concretamente al titular del bien jurídico, fundamentándose así el derecho a la reparación del daño producido», dice Valle Muñiz (1994). De igual manera, apunta que «la norma de valoración no sólo vincula al Derecho penal con la protección concreta del bien jurídico, dando así relevancia en el injusto a las conductas peligrosas encaminadas a su lesión. *La norma de valoración prefigura los presupuestos garantistas de la intervención penal y, en este sentido, condiciona la prohibición y no sólo la punición de aquellos comportamientos peligrosos que merezcan ser puestos bajo la amenaza de la pena*» (p. 37).

La vinculación del Estado social con el Derecho penal se produce por la vía de la función de protección de bienes jurídicos y por el carácter preventivo de la pena, para lo cual es suficiente mencionar a Mir Puig (2016):

La concepción imperativa de las normas penales posee consecuencias fundamentales en la función de la pena y la teoría del delito. Si se admite la esencia imperativa de la norma dirigida al ciudadano, será más coherente asignar al Derecho penal, y por tanto a la pena, la función de prevención de delitos, que una función puramente retributiva. Ello ha de servir de base de la teoría del delito. En efecto, quien entienda la norma primaria como imperativo, atribuirá a la norma la función de motivar en contra del delito, es decir, la función de prevención de delitos. En cambio, quien vea en la función valorativa el carácter esencial de la norma primaria, llevará al primer plano la función de valoración retributiva de la pena, que se entenderá como manifestación de desvalor por el hecho desvalorado cometido, esto es, como pura retribución (p. 77).

Del principio de protección de valores y de los principios y derechos constitucionales fundamentales surge el carácter valorativo de la norma y de las funciones de incidencia en la realidad social para propiciar un clima político, social y económico favorable al ejercicio de los mismos, nace la naturaleza preventiva de la pena y, consecuentemente, el carácter directivo y motivador de la norma subjetiva de determinación.

Las normas de conducta cumplen una función motivadora. A través de estas





[...] se pretende incidir sobre los miembros de una comunidad para que se abstengan de realizar comportamientos que lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos tutelados [...] la pretensión de incidir en los procesos de motivación de los miembros de una comunidad tiene su fundamento en la naturaleza coactiva de la norma, que se deriva del carácter de la sanción que establece [...] El contenido de la función de motivación se adapta plenamente a la consideración del Derecho penal como medio para realizar el control social y como elemento que incide sobre la evolución del sistema social, ya que es evidente que todos los instrumentos de control social, por su propia naturaleza, implican la pretensión de influir sobre el comportamiento de los miembros de la comunidad donde actúan (Berdugo Gómez de la Torre *et al.*, 2004, pp. 9, 10 y 11).

La concepción determinativa de la norma persigue «incorporar una orden al ciudadano para que adecúe su comportamiento al contenido de aquella», esto es, comporta un imperativo para que no se realice lo que se prohíbe y se realice lo que se mande con la norma (Gómez Rivero *et al.*, 2010, pp. 31 y 32).

Del análisis de los postulados derivados de la adopción de una determinada concepción de la norma o de la aceptación dualista de estas se verificará la mayor o menor coherencia cuando se imbrican en el funcionamiento de las categorías y subcategorías dogmáticas, como también de los principios político-criminales que las informan, por supuesto dentro de los valores, principios, libertades y derechos superiores del sistema constitucional-convencional; por ese motivo, Valle Muñiz califica tal contraste como «*verdadera prueba de fuego de la coherencia del sistema de la teoría jurídica del delito*», hasta el punto que, en la práctica, dice nuestro autor, las soluciones propuestas por múltiples doctrinantes y la jurisprudencia hacen «volar en pedazos la pretendida coherencia sistemática predicada por más de una escuela» (Valle Muñiz, 1994, pp. 37 y 38).

Por tanto, en esta investigación de lo que se trata, como ya lo anunció Ángel Sanz Morán en su trabajo pionero, es de contrastar la correlación que en la dogmática es necesaria para establecer si existe o no correspondencia entre «*la fundamentación y la exclusión del injusto*», que se manifiesta en «la distinción de momentos objetivos y subjetivos dentro de las causas de justificación» (Sanz Morán, 1993, p. 1).





Incluso, ese juego de desvalores de acción y resultado a veces puede suprimirse e integrarse en un supraconcepto, que conduciría a estimar en el fondo la prevalencia del desvalor de resultado, como se deduce de la posición de Michel Marx, quien enfáticamente determina que «*no existe en absoluto un desvalor de acción independiente de un resultado desvalorado*» (Sanz Morán, 1993, p. 6).

En consecuencia de lo anteriormente anotado, con Mir Puig (2016) hay que entender que «la discusión planteada sobre el carácter imperativo o valorativo de las normas penales no es puramente “teórica”, sino que tiene importantes consecuencias en orden a la orientación político-criminal del Derecho penal», donde lo valorativo impone racionalización y contención a lo determinativo, esto es, la prevención «*ha de estar limitada por los valores a cuya protección sirven. La teoría del delito ha de reflejar también estos valores*» (p. 77).

A continuación expondremos, agrupadas en segmentos, las diferentes tendencias que se aprecian en la discusión contemporánea del Derecho penal, no necesariamente coincidentes con lo que expone o ha expuesto un autor determinado, sino a partir de más o menos una reconstrucción lógica del pensamiento central con algunos derivados que creemos las deberían complementar, acudiendo a otros autores o a lo que pensamos particularmente sobre el tema.

Se trata de aproximarnos a la discusión global a partir de una presentación sistemática y no meramente puntual de lo que dicen los autores, identificando tendencias que nos permitan ubicarnos de la mejor manera en lo que es el centro de la discusión, sin perdernos en datos aislados e inconexos que «por ver los árboles no nos dejen ver el bosque», puesto que resulta necesario ver aquellos, pero dentro del conjunto y el contexto.

Darle contexto a lo puntual, individual y aislado es el cometido de este trabajo que tiene como misión central identificar las tendencias del Derecho penal tal cual como hoy lo conocemos.





1. Teorías monistas de la norma

Son teorías monistas las que se fundan en la norma objetiva de valoración o en la norma subjetiva de determinación respectivamente, donde una excluye a la otra con pretensiones exclusivistas.

Como tal no existe una teoría monista ni objetiva ni subjetiva. Se requiere de una y otra norma para configurar el injusto, pues lo más que se puede afirmar es que una prevalece sobre la otra y viceversa, con mayor o menor predominio sin encontrar de manera absoluta una posición radical.

Para efectos pedagógicos, enlistamos aquí como teorías monistas aquellas que muestran un mayor acento casi al límite respecto de lo objetivo o lo subjetivo, pero una y otra norma se necesitan para darle un mínimo de coherencia a cualquiera que sea el punto de partida que se haya escogido. Eso sí, muestran las rotuladas como teorías monistas los efectos más sobresalientes que implica una u otra posición, pero donde, de todos modos, resulta ineludible cierta imbricación entre los fundamentos de la norma objetiva de valoración y la norma subjetiva de determinación.

1.1. Teorías monistas objetivas (Norma objetiva de valoración)

Denominamos teorías monistas objetivas a todas aquellas posiciones que se constituyen en modelos de injustos objetivos, que naturalmente resultan serlo cuando provienen de sistemáticas causalistas, aun cuando ello no es óbice para aplicar esta metodología normativa a teorías que nacieron a partir de otros presupuestos diferentes a los normativos que hoy imperan, pero que muestran una gran correspondencia con lo que resulta central para los cultivadores de un injusto fundado en la norma objetiva de valoración.

Se entiende por un injusto objetivo, fundado en la infracción de la norma objetiva de valoración, lo siguiente:

[Cuando] la norma jurídica, de acuerdo con la cual se mide la antijuricidad de la acción, es sólo norma de valoración. De acuerdo con ello el legislador reglamenta la convivencia de las personas a través de la comprobación, contenida en las normas jurídicas, de cuáles son las situaciones y





acontecimientos que se corresponden con la ordenación de la comunidad por él imaginada y cuáles, por el contrario, se oponen a la misma. Y así, ante todo, el Derecho no es otra cosa que una suma de juicios de valor con cuyo auxilio se distingue entre un comportamiento que es conforme y otro que es contrario a Derecho. Todas las normas jurídicas son normas objetivas de valoración que posibilitan el enjuiciamiento de la actuación de una persona desde el punto de vista del Ordenamiento de la comunidad [...] El Derecho no contiene un imperativo dirigido al individuo. Más bien, y de acuerdo con esta teoría, estatuye un *deber ser impersonal* (Mezger) que se limita a señalar situaciones y acontecimientos como *deseables* o *indeseables*; la «norma de determinación [...] sólo debe aparecer en el ámbito de la culpabilidad (Jescheck & Weigend, 2014, p. 349).

1.1.1. Teoría monista objetiva absoluta (Código Penal Italiano)

Se presenta como la más radical de aquellas fundadas en un injusto objetivo, sin que su explicación a partir de la norma objetiva de valoración llegue a tener exclusividad, pues tiene la virtud de explicar muy bien al delito consumado, pero indudablemente es deficiente en suministrarles sentido a los diferentes modelos de tentativas que, de alguna forma, demandan ciertos resquicios para la entrada de la norma subjetiva de determinación en orden a poderse sustentar.

La mención que hacemos del Código Penal italiano es simplemente ilustrativa, no definitoria, pues solo muestra un ejemplo que cabría sin mayor problema en el esquema particular planteado. Esta metodología de aproximación se aplicará de ahora en adelante para abordar todas las teorías que iremos referenciando, de manera que el anuncio de un autor o de una calificación solo será un indicativo de una tendencia.

Son características de este modelo de injusto:

- a) Injusto objetivo – Desvalor de resultado.

Resulta obvio que en el ámbito de un injusto objetivo solo el desvalor de resultado tenga aptitud necesaria y suficiente para constituirlo cuando se trata de un delito consumado, por lo que los problemas surgirán con la estructuración de la tentativa.





Merkel, muy a pesar de su preferencia por un injusto subjetivo, daba cuenta de la impunidad de la tentativa imposible como delito putativo —«no amenazan intereses protegidos por el derecho, sino según la imaginación del agente»— y de la tentativa supersticiosa, muy a pesar de que enfatizaba en la necesidad de tener en cuenta la voluntad del sujeto para el establecimiento de la tentativa idónea:

La tentativa se diferencia también de las acciones que contienen, en opinión del agente de las mismas, pero no por sus caracteres objetivos, un comienzo de ejecución en el sentido ya explicado de esta frase. De tal naturaleza son, por ejemplo, los pretendidos actos de ejecución que no van encaminados contra el objeto del ataque, propio del delito de que se trata (como si uno coge, v. g., con objeto de hurtarla, una cosa que creía ajena y es suya propia), ó que no parten de un sujeto idóneo (supóngase que un individuo no obligado al servicio militar realiza los actos de que habla el § 140 del RStrG en la creencia de que de tal manera se infringe esta ley), que no tienen las propiedades especiales que dan por supuestas con relación a la acción misma (como si los medios empleados para producir un envenenamiento no tienen las propiedades que presupone el § 229 del EStrG), o que, dadas las relaciones de regularidad que nosotros conocemos enlazan los actos con sus consecuencias, es imposible que formen parte de la acción principal a la cual responde el concepto del delito (como si se trata, supongamos, de daños causado (por el mal de ojo, por el «clavar el paso», y otros acto semejantes) (Merkel, *Derecho Penal*, pp. 186 y 187).

Merkel critica la teoría subjetiva de la tentativa al señalar que cuando esta afirma que lo que se sanciona es la voluntad, se desconoce que «no se explica tampoco cómo el derecho, que por lo general sólo manda o prohíbe acciones y omisiones, y esto, por lo regular, únicamente en atención a la significación objetiva que las mismas tienen para los intereses comunes, debe, sin embargo, llegar en este caso a imprimir la marca del delito sobre simples cualidades de la voluntad» (*Ibidem*, pp. 144 y ss.).

Un muy buen calibrador para valorar los objetivismos y subjetivismos en materia del injusto penal son las teorías fundamentadoras de la tentativa, particularmente de la tentativa imposible; por esta razón, además de habernos concentrado anteriormente en los especialistas del tema como lo son Sola Reche y Alcácer Guirao, resulta de suma importancia también las exposiciones sobre el tema de Serrano-Piedecabras Fernández, muy especialmente para la teoría del injusto objetivo de la tentativa.





Ello es necesario, habida cuenta de que en este segmento del trabajo nos referimos a una tendencia marcadamente objetiva del injusto, que debe entenderse, como ya se afirmó, con presencia de cierto matiz subjetivo, puesto que resultaría imposible la estructuración de la tentativa sin un mínimo dato subjetivo, dada la exigencia de que el comportamiento típico en tal grado o manifestación del delito tiene que encontrarse «inequívocamente *dirigida* a su consumación», como rezan, por ejemplo, los artículos 22 del Código Penal de 1980³⁶ y 27 del Código Penal de 2000³⁷.

Serrano-Piedecabras Fernández (2001) conceptúa que allí estriba «la posibilidad de distinguirla en su límite inferior de los actos preparatorios y en su límite superior del estadio en que el delito alcanza su consumación» (p. 37).

Como lo afirma toda la doctrina especializada, el concepto de peligrosidad objetiva proviene de Feuerbach, dado su acento doctrinario en el iluminismo ilustrado totalmente desvinculado de la moral, lo que se fue erosionando con el tiempo hasta que se impusieron las teorías subjetivistas de la tentativa, como ya se vio.

Dice el connotado autor español que Feuerbach fundamentaba la tentativa «*en la peligrosidad de toda acción capaz de objetivamente producir un resultado*», lo que implica, necesariamente, que metodológicamente parte de «*una perspectiva ad hoc en la valoración del peligro*»; la que, de alguna manera, resultó complementada por obra de Von Hippel al proponer que

36 **ARTÍCULO 22. TENTATIVA.** El que iniciare la ejecución del hecho punible, mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo, ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para el delito consumado.

36 **ARTÍCULO 27. TENTATIVA.** El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.

37 Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirla.





dicho examen debe efectuarse *ex ante*, que implica la adopción de un método *heurístico-hipotético* según el cual, el mismo «*se efectuaría [por] una persona observadora situada en el momento anterior del hecho y en posesión de los conocimientos del autor*», última que califica de teoría moderna objetiva (Serrano-Piedecabras Fernández, 2001, pp. 1, 2, 41 y 42).

Nos apartamos de la última opinión, esto es, de la afirmación según la cual la posición de Von Hippel da cuenta de un injusto objetivo, pues allí, al tomarse postura por lo que radica en el fuero interno del sujeto agente, independientemente de lo que resulta de su contraste en el mundo exterior, no puede ser sino calificada como una postura subjetiva, la que se derruiría con un examen *ex post*.

Sin duda alguna, es una posición menos subjetivista de aquellas que solo admiten valorar la peligrosidad desde la propia, exclusiva y excluyente postura del sujeto agente del delito conocida como *ex ante*, que atiende unilateralmente la representación mental del autor, tesis que ha permitido llevar a sus extremos al injusto subjetivo.

De manera que, en este segmento de la investigación, postulamos que solo se atiene a un injusto genuinamente objetivo la perspectiva liberal de Feuerbach; la teoría de Von Hippel, sin duda alguna, marcará la graduación de la profundidad de las variantes del injusto subjetivo³⁸, puesto que el mismo Serrano-Piedecabras Fernández (2001) afirma que el método heurístico del observador imparcial con los conocimientos de las «circunstancias entonces cognoscibles por el autor [...] amplió el espectro de tentativas *inidóneas* susceptibles de castigo» (pp. 18 y 19).

Por consiguiente, lo que marcará la existencia del injusto será «la alta probabilidad de la producción del *injusto del resultado*» como fundamento de la tentativa, lo que viene reflejado por «la proximidad del peligro en relación con el bien jurídico», con lo cual «se pretende proporcionar un criterio objetivo de delimitación de la tentativa respecto de los actos preparatorios y de la consumación del delito». Lo anterior resulta relevante, puesto que «la situación de peligro sirve de criterio para valorar la gravedad de la amenaza y, en consecuencia, la medición de la pena», como también «la manifestación externa del peligro permite descartar como penalmente irrelevante la tentativa absolutamente inidónea». De allí que, sin duda alguna, bien lo dice Serrano-Piedecabras (2001), «la peligrosidad





como único elemento justificativo de la punición de la tentativa sitúa a esta teoría en el marco del pensamiento causalista», habida cuenta de que «solo el acontecer objetivo del mundo exterior pertenece al ilícito»:

En el delito consumado se castiga la acción que ha causado el resultado; en la tentativa se castiga la acción causalmente adecuada para producirlo, es decir su peligrosidad [...] el concepto de una acción causal que permite prescindir del contenido de la voluntad del autor en la constatación de la infracción de la norma; y la caracterización de esta norma como norma de valoración. Precisamente, del carácter objetivo de la norma de valoración es de donde se deduce con claridad la esencia del ilícito [...] injusto será la lesión de una norma objetiva de valoración, en donde el contenido objetivo de la lesión está determinado por la perturbación impuesta al bien jurídico [...] el núcleo esencial del injusto se integra exclusivamente por el desvalor del resultado [...] por cuanto... los causalistas, llevados de la mano del positivismo entienden que lo púnico accesible al conocimiento racional (científico) son los *hechos* perceptibles experimentalmente, junto con la legalidad manifiesta en ellos [...] los cuales pueden provenir... del *mundo exterior*, perceptibles por los sentidos, o del mundo interior, de naturaleza psíquica. Tanto unos como otros se rigen determinísticamente por la ley de la causalidad (Serrano-Piedecabras Fernández, 2001, pp. 42 y ss.).

Cohherentemente, Serrano-Piedecabras Fernández le apunta al cumplimiento de una regla dogmática esbozada nada menos que por Ihering, según la cual, teniendo en cuenta que el Derecho persigue proteger intereses jurídicos, resulta obvio que «la ciencia no puede admitir *imposibilidades jurídicas*» (Von Ihering, 1946, p. 147)³⁹.

En fin, el desvalor de resultado como afectación por puesta en peligro o lesión del bien jurídico tutelado es el fundamento del injusto, lo que se pretende construir exclusivamente a partir de la infracción a la norma objetiva de valoración.

- b) Basta el resultado salvador para reconocer una causal de justificación. Problemas cuando no se obtiene el resultado salvador:
¿Tentativa de justificación?

Así como el injusto se constituye a partir del desvalor de resultado entendido como la puesta en peligro o lesión del bien jurídico tutelado, el valor de resultado dado por el resultado salvador inherente a la causal de justificación da cuenta igualmente de la salvación de ese bien jurídico tutelado.





Sin embargo, la utilización del concepto de resultado salvador complica el juego del desvalor de resultado en el tipo y el valor de resultado en la justificante, en tanto da cuenta de la dificultad, pero no de la imposibilidad, de tenerlo en cuenta cuando fracasa el acto de salvamento y efectivamente se materializa el ataque injusto, por ejemplo en la legítima defensa, de aquel que se pretendía defender por el sujeto agente, de una víctima de quien como agente del ataque resulta sujeto pasivo de un homicidio.

¿Tendríamos que rechazar la admisión de la causal de justificación por el intento sin éxito de la salvación de un bien jurídico?

Parece que, en términos literales, ello tendría que ocurrir si lo demandado es el resultado salvador, a menos que se entienda que la simetría inversa entre la fundamentación y la exclusión del injusto impusiera en este que el valor de resultado como concepto jurídico diera cabida a la tentativa de salvación y a la salvación efectiva o debiera crearse doctrinal, jurisprudencial o legalmente una especie de figura normativa de «tentativa de justificación» que excluyera la antijuridicidad material del tipo penal o, al menos la redujera hasta extremos que permitieran una pena muy reducida o la posibilidad de prescindir de ella, como ocurre con el perdón judicial.

- c) La valoración de lo jurídico no depende ni de los personales conocimientos ni de las particulares tendencias del sujeto. Cláusula expresa.

Carnelutti (1952) estima que, amparado un sujeto por las circunstancias de justificación por legítima defensa, la punibilidad queda excluida «cualquiera que sea el interés perseguido» (p. 119).

Podría afirmarse que aquí, como lo dice Valle Muñiz (1994), nos encontramos con la postura del objetivismo radical que postula un contenido exclusivamente objetivo de la causal de justificación —«salvo que la ley expresamente diga lo contrario»—, por lo que «en aquellas causas de justificación no condicionadas legalmente por un momento subjetivo, no se aprecian problemas para su aplicabilidad cuando el sujeto actúa en desconocimiento de la situación justificante». Citando a Carbonell señala que, «si es el interés preponderante el que fundamenta la justificación, lo que le importará al Derecho es que éste se produzca. Toda acción típica que reporte mayor interés que perjuicio al ordenamiento habrá de estar justificada; con independencia de que el agente participe o no de dicho interés, actúe o no con



ánimo de hacerlo jurídicamente, conozca o no la situación, haya ponderado bien o mal los intereses o no lo haya hecho en absoluto; si la acción es beneficiosa, la conducta debe quedar totalmente impune pues es plenamente conforme a Derecho»; por supuesto, salvo que la letra de la ley imponga «necesariamente la presencia de elementos subjetivos en la causa de justificación» (Valle Muñiz, 1994, p. 97; cfr. Sanz Morán, 1993, pp. 17 y 18).

Aquí no se descarta que, aunque por vía excepcional, se imbriquen elementos subjetivos con los objetivos dominantes, lo que de alguna manera mitiga la pretendida total objetividad del injusto; no obstante, también existe una solución simétrica pero al inverso, tal cual lo establece legalmente el Código Penal italiano en el numeral 1.º de su artículo 59 –aun cuando se informa que fue suprimido por la Ley 19 de 1990–, que pregonaba la impunidad por la falta de esos requisitos subjetivos demandados, pues establecía que *«salvo que la ley disponga lo contrario [...] las circunstancias que excluyen la pena son valoradas a favor del agente, aunque éste no las conozca o, por error, las crea inexistentes»* (Cfr. Valle Muñiz, 1994, pp. 97 y 98).

Rodríguez Mourullo (1976) afirma, de una manera exuberante, que la mencionada norma «constituye todo un homenaje al valor de resultado», toda vez que los efectos enervantes de la punición aplican aun si el sujeto «creía estar obrando antijurídicamente (persistencia del desvalor de acción e ignoraba, por tanto, que su acción servía para alcanzar un resultado valioso»; así mismo, cita a Saltelli y a Romano, quienes afirman que «si alguien, por ejemplo, actúa, sin saberlo, en estado de legítima defensa, o bien, siempre sin saberlo, ejercita un derecho [y] no podrá ser declarado responsable, porque *jure agit*» (pp. 24 y 25).

Fiandaca & Musco, citados por Valle Muñiz, afirman contundentemente que «son valoradas a favor del agente en virtud de su sola existencia», lo que indica, según el último mencionado, que «operan sobre un plano meramente objetivo» (Valle Muñiz, 1994, p. 98), aun cuando al parecer cada día se abren posturas que ya demandan elementos subjetivos de la justificante por vía excepcional como hacen Spagnolo y Stile⁴⁰.

40 STILE derivaba la necesidad de tener en cuenta ciertos conocimientos en las causales de justificación por la necesidad de establecer la “*proporcionalidad*” en la valoración de la causal (citado por Sanz Morán, 1993, p. 16).



Creemos que la antigua fórmula del Código Penal italiano no era tan objetivista como parece o la entienden sus pregoneros, pues en realidad el núcleo de la misma da cuenta que, en relación con las eximentes, el autor «*no las conozca o, por error, las crea inexistentes*», pero otra cosa es cuando sí las conoce y además quiere actuar al margen de ellas consciente y voluntariamente, lo cual, por supuesto, no queda recogido en el texto.

Esto demuestra, de manera clara y sin hesitación alguna, que por mucho que se ambicione establecer teorías monistas objetivas o subjetivas, siempre nos encontraremos con un escollo que lo impide y nos impulsa más bien a decir que solo es posible afirmar teorías dualistas más o menos objetivas o subjetivas como en este trabajo lo hemos postulado.

En cuanto al delito culposo, se tiene que no existirá ningún problema en reconocer la plenitud de la justificante a partir de la presencia del elemento objetivo de la misma, pues siendo el tipo penal de naturaleza esencialmente objetiva, no existe ninguna posibilidad de acotar aspectos subjetivos en la antijuridicidad⁴¹, toda vez que su sede natural de estudio es el ámbito de la culpabilidad.

d) Opera la accesoriedad limitada en la intervención de los partícipes.

Para que obre la responsabilidad accesorial o derivada de la cual penden los partícipes —*determinadores y cómplices*—, el autor que ostenta la responsabilidad principal, debe actuar típica y antijurídicamente por lo que toma el nombre de accesoriedad limitada, pues la anterior teoría que rigió demandaba la realización de conducta típica, antijurídica y culpable que se denominaba accesoriedad extrema. Con ello, se respeta la idea de un injusto general y objetivo, pues lo que es justo o injusto para uno, también lo es correspondientemente para los demás.

La accesoriedad limitada es la muestra irrefutable de una concepción del injusto general-objetivo, donde lo justo o injusto no depende ni de los personales conocimientos de un sujeto o sujetos intervinientes en el delito o de sus particulares tendencias, lo que por supuesto jamás podrá ser entendido así en el marco de un injusto personal-subjetivo.

41 Así Sanz Morán, 1993, p. 52.





- e) No existen problemas con la configuración del injusto de los inimputables.

Si el injusto es desvalor de resultado, ningún problema habría para entender que los inimputables pueden afectar por puesta en peligro o lesión los bienes jurídicos tutelados como consecuencia de aplicar los anteriores postulados. Pero igualmente, al margen de exigencias subjetivas, pueden actuar sin problemas conforme a un valor de resultado.

- f) Dolo y culpa en la culpabilidad (Norma subjetiva de determinación).

El dolo y la culpa son asunto de la culpabilidad y, conforme con el modelo expuesto por Mezger, es allí donde tiene su presencia el estudio de la infracción a la norma subjetiva de determinación. La ubicación dogmática de la infracción de la norma objetiva de valoración está dada en el ámbito del injusto.

- g) También aquí tendrían cabida los sistemas penales que manejan un sistema de *numerus clausus* en materia de imputación a título de tentativa.

Nos encontraremos ante una potenciación del injusto objetivo cuando los sistemas legales consagran, como es de regular ocurrencia en Alemania y España, cláusulas cerradas de operatividad de la tentativa, pues no todos los hechos punibles admiten tentativa, sino que se dispone expresa y taxativamente cuáles sí la permiten. En cierta forma pierde presencia la manifestación de un injusto subjetivo.

Así, por ejemplo, en Alemania el artículo 23 del Código Penal determina que la tentativa solo es punible en los delitos graves, pero no sucede así en los delitos menos graves, pues para ello debe decir expresamente en la ley lo referente a la punibilidad.



1.1.2. Teoría monista objetiva relativa (dogmática clásica bajo la vigencia del Código Penal alemán de 1871)⁴²

a) Injusto objetivo – Desvalor de resultado.

La dogmática clásica llevó a fórmula jurídica el pensamiento liberal del Estado moderno que separó el fuero externo del fuero interno del individuo. El primero se constituyó en un límite para la investigación del segundo que, aupado por el estado de la psicología de la segunda mitad del siglo XIX y cuya dominancia en cierta forma la ejercían las ciencias positivas, entendía la dimensión humana como un complejo de lo corpóreo-psíquico. Lo corpóreo se representaba por lo objetivo-externo y lo psíquico por lo subjetivo-interno, lo cual, de alguna manera, sería potenciado por el conductismo, que se ocupaba muy eficientemente de lo primero pero denostaba de lo segundo, debido a que el objeto de estudio –*la mente*– se encontraba por fuera de las posibilidades de su método, el cual ponía distancia entre el sujeto y el objeto del conocimiento, siendo este totalmente inaccesible –*la metáfora de la caja negra*–, salvo para el propio sujeto que vivía el fenómeno psicológico a través de la introspección de la cual se dudaba por razones del método (Cfr. Petrone, 1896, pp. 162 y ss.).

El resultado, desde esta perspectiva, era concebido como la transformación del mundo exterior perceptible por los sentidos y, aunque era un concepto recortado para explicar otras afectaciones más allá del resultado material, propiciaba el entendimiento de una tipicidad y una anti-juridicidad objetiva –*lado objetivo del delito*–, que como mucho aceptó la «voluntariedad» como parte recortada del querer en el ámbito de la acción, pues al ser su contenido el dolo y la culpa, estos eran estudiados en la culpabilidad, es decir, en el lado subjetivo del delito.

Dice Puppe (2010), refiriéndose a Liszt y Beling, que para la dogmática clásica «el ilícito se agotaba en el proceso externo, es decir, objetivo, de la causación de un resultado penalmente relevante por medio de una acción humana»; empero, esto no reparaba en que una norma jurídica

42 Cfr. De la Fuente, 2008, pp. 26 y ss.



no puede prohibir causalidades. En consecuencia, allí nos encontramos con una contradicción insalvable, sobre todo, porque se ha demostrado que así no funciona la consideración de lo antijurídico, informado por la regla excepción, pues lo relevante de verdad es que ello sea o no adecuado a Derecho, que es lo que en sí define lo antijurídico desde una perspectiva general visto el principio de la unidad del orden jurídico, lo cual sería aclarado por la moderna teoría de la imputación objetiva donde se considera la existencia de causaciones contra Derecho y adecuadas a Derecho. En estas ya es primer presupuesto del ilícito «la creación de un riesgo no permitido mediante la violación de un deber de cuidado», lo que fue consolidado incluso antes de la aparición del concepto de ilícito doloso (pp. 29 y 30).

- b) Basta el resultado salvador para reconocer una causal de justificación. Problemas cuando no se obtiene el resultado salvador: **¿Tentativa de justificación?**

Predícase aquí lo señalado *infra* 1.1.1.

- c) La valoración de lo jurídico no depende ni de los personales conocimientos ni de las particularidades tendencias del sujeto.

Predícase aquí lo señalado *infra* 1.1.1.

Involucra también lo afirmado allí, respecto a la no exigencia de elementos subjetivos de las justificantes en los delitos culposos.

- d) Opera la accesoriedad limitada en la intervención de los partícipes.

Predícase aquí lo señalado *infra* 1.1.1.

Aun cuando por largo tiempo rigió una teoría de la accesoriedad extrema, que reclamaba que la responsabilidad de los partícipes –*determinadores y cómplices*– pendía de la conducta típica, antijuridicidad y culpabilidad del autor.

- e) No existen problemas con la configuración del injusto de los inimputables.

Predícase aquí lo señalado *infra* 1.1.1.

- f) Dolo y culpa en la culpabilidad (Norma subjetiva de determinación).



Predícase aquí lo señalado *infra* 1.1.1.

Sin embargo, debe aclararse que su fundamento no era normativo sino psicológico, de manera que no resultaría apropiado del todo, salvo que hagamos una extrapolación de conceptos de lo actual como lo entendemos, a la época en que se defendieron dichas posturas –finales del siglo XIX y principios del XX–.

g) **Tentativa inidónea o imposible como figura excepcional (norma subjetiva de determinación).**

Aceptar la tentativa inidónea en un sistema cuyo injusto es objetivo-general es bastante problemático; sin embargo, es claro, como ya se mencionó en la parte segunda, que el Tribunal del Imperio Alemán impuso a partir de 1881 la teoría subjetiva de Von Buri que facilitaba el entendimiento y permitía la punición de la tentativa inidónea. Pero ello no fue idea explícita del Código Penal de 1871, más bien provino de innovaciones jurisprudenciales al margen del texto gramatical de la ley, puesto que, como dice Engisch, solo era punible en principio la tentativa peligrosa y ella comportaba, para que fuere «jurídico-penalmente relevante», que se creara directamente «una constelación de circunstancias que encierren en sí mismas un peligro del resultado mencionado en el tipo de consumación». Lo anterior implicaba, al igual que en los delitos de pura actividad, que no faltara «en general una relación causal con el mundo exterior» para que la conducta externa fuese «penalmente significativa», de tal manera que la punición de la tentativa inidónea era una «irregularidad excepcional en el marco del Derecho vigente» (Engisch, 2008, pp. 18 a 21).

h) También aquí tendrían cabida los sistemas penales que manejan un sistema de *numerus clausus* en materia de imputación a título de tentativa.

Aquí, como en el punto 1.1.1., nos encontraremos ante una potenciación del injusto objetivo cuando los sistemas legales consagran, como es de regular ocurrencia en Alemania y España, cláusulas cerradas de operatividad de la tentativa, pues no todos los hechos punibles admiten tentativa, sino que se dispone expresa y taxativamente cuáles sí la permiten. En cierta forma, pierde presencia la manifestación de un injusto subjetivo.





Así, por ejemplo, en Alemania el artículo 23 del Código Penal determina que la tentativa solo es punible en los delitos graves, pero no sucede así en los delitos menos graves, pues para ello debe decir expresamente en la ley lo referente a la punibilidad.

1.1.3. Teoría monista objetiva atenuada (dogmática neoclásica)⁴³

La dogmática neoclásica consideró que el injusto se configuraba a partir de la infracción de la norma objetiva de valoración, lo que resultaba consecuente con su punto de partida valorativo respecto del fin del Derecho penal, como protector de bienes jurídicos; así mismo, relegaba al estudio de la culpabilidad la infracción de la norma subjetiva de determinación (Mir Puig, 2016, pp. 75 y ss.).

Goldschmidt (1961) fue muy claro en hablar de la necesidad de una «*justicia distributiva*», que regule «los sentimientos de placer, o dolor, es decir, el *Estar* de los hombres conforme con sus méritos frente al Derecho: es la justicia penal» (p. 31), fundamento filosófico de la posición neokantiana expresada en la teoría del delito.

Un Derecho penal así concebido, como dice Engisch (2008), «no tiene que cumplir una misión metafísica, que él tampoco está al servicio de elevar la moralidad, en el sentido de una purificación del ánimo, que antes bien se le impone el fin de asegurar intereses de la generalidad o del particular, considerados por el Estado dignos y necesitados de protección, contra la lesión y puesta en peligro». No busca el Derecho penal trabajar, enfatiza nuestro autor, «en el perfeccionamiento de la *actitud moral*», puesto que si fuere así «tendría que poner en el centro de sus preceptos jurídicos el concepto de síntoma. Pues lo que importaría sería valorar la conducta humana como expresión de determinada orientación de la actitud de ánimo», seleccionando la «voluntad criminal» como mero objeto de reacciones penales que descansaría en «procesos sintomáticamente significativos en la actitud de ánimo o en la dirección de la voluntad del autor» (pp. 17 a 22).



- a) Injusto objetivo – Desvalor de resultado **con la excepción de los elementos subjetivos del tipo (solo de carácter explícito) o subjetiva (también implícitos) que pueden llevar a que sea menormente objetivo. Dolo como elemento subjetivo del tipo de tentativa.**

El injusto se constituía con la infracción de la norma objetiva de valoración representada en la afectación, por puesta en peligro o lesión, del bien jurídico tutelado⁴⁴⁻⁴⁵. Con ello se abría camino al reconocimiento de la antijuridicidad material como elemento imprescindible de lo antijurídico material, al lado de las causales de justificación como formas de excluir la tipicidad o confirmarla con su ausencia. Dicho juicio llegó a ser tan integrado que la tipicidad se convirtió en *ratio essendi* de la antijuridicidad –*Mezger señaló que la tipicidad era la descripción de la antijuridicidad material*– y, por supuesto, las causales de justificación –*Mayer precisó que ciertos tipos penales, con elementos o ingredientes normativos del tipo, anticipaban el juicio de antijuridicidad formal*– terminaron aceptándose, no solo como aptas para excluir lo antijurídico, sino también la tipicidad según la teoría de los elementos negativos del tipo.

Se admitió que muy a pesar de que se debía trabajar con un injusto objetivo, excepcionalmente, al constatarse que existían en la ley comportamientos típicos que incluían elementos o ingredientes subjetivos referidos al conocimiento –*lo potenciaban, con el fin de excluir el dolo eventual*– o a la voluntad –*como momentos anímicos trascendentes que van más allá del dolo*–, la existencia de esos aspectos subjetivos incrustados asistemáticamente en un tipo de naturaleza objetiva se aceptaron como co-constitutivos de la antijuridicidad.

Con el tiempo, los anteriores ingredientes subjetivos explícitos crecieron a costa de aceptar otros deducidos por la doctrina y la jurisprudencia, que se intuían por encontrarse implícitamente sugeridos, lo que marcaría una mayor subjetividad, pero todavía dominada por el imperio de la objetividad del injusto.

44 «Lesión de los intereses y puesta en peligro de los intereses hallan su sustrato real, en general, en la producción (causación) de modificaciones en el mundo exterior (espacial o ajeno a lo psíquico)» (Engisch, 2008, p. 19).

45 Da cuenta ampliamente de la «*función ajena al ilícito del desvalor de resultados*» (Moreno-Torres Herrera, 1999, pp. 175 y ss.).



Igualmente, ante las críticas muy bien fundadas acerca de la imposibilidad de explicar la tentativa por cuanto el ingrediente de lo «*inequívocamente dirigido a su consumación*» era de evidente naturaleza subjetiva, la dogmática neoclásica aceptó, finalmente, que el dolo era un ingrediente subjetivo del tipo que, incluso, se hacía cobrar autonomía para la configuración puramente subjetiva de la tentativa inidónea, a la que calificaron muchos autores como punición sin tipo o fundada en la pura culpabilidad. La culpabilidad le prestaba el dolo al tipo para poder concretar el delito en grado de tentativa.

La dogmática neoclásica admitió inicialmente, de manera excepcional, elementos subjetivos del tipo:

Los tipos con elementos subjetivos pueden clasificarse en tres grupos. En primer lugar los llamados mutilados en dos actos, en los que el primer acto sirve para realizar un segundo por el mismo sujeto, cuya realización no exige el tipo, al cual le basta el primero cuando ha sido llevado a cabo con la intención de efectuar el segundo; por ejemplo, el delito de falsedad en documento privado para perjudicar luego a otro, del art. 395, o la posesión de drogas para traficar con ellas, del art. 368, o la receptación para traficar, del art. 298.2. En segundo lugar se cuentan los delitos de resultado cortado, que son aquéllos en los que se tipifica una acción con la que el sujeto pretende alcanzar un resultado ulterior, que el tipo no requiere que se llegue a realizar, como es el caso de los delitos de rebelión y sedición, de los arts. 472 y 544, o como la tortura para obtener una confesión del art. 174. Por último los delitos de tendencia interna transcendente, en los que hay una finalidad o motivo que trasciende la mera realización dolosa de la acción, como es el ánimo de lucro con el que ha de apoderarse de la cosa para que se realice el hurto -art. 234-, o el *animus iniuriandi* en las injurias, o el ánimo lúbrico en los delitos sexuales (Berdugo Gómez de la Torre *et al.*, 2004, p. 262).

Hegler, partiendo del civilista Albrecht Fischer, en lo que le secundó después Mezger, formuló la teoría de los elementos subjetivos del tipo y, posteriormente, Mayer lo haría respecto de los elementos subjetivos de la justificación (Sanz Morán, 1993, pp. 12 y ss.), aunque por vía excepcional se reconocen para la legítima defensa y el cumplimiento de un deber legal, como lo dejó claramente sentado Mezger en su famoso *Libro de Estudio* de los años cincuenta del siglo pasado.

Bustos Ramírez (1994) da cuenta de la existencia de ingredientes subjetivos del tipo de intención transcendente, de tendencia, de expresión, de



ánimo o de carácter y psicológicos situacionales. Particularmente, destacan como clasificación del primero los presentes en «*los llamados delitos de resultado cortado o mejor en que se prescinde del resultado por el legislador*» —«basta con el acto, pero no es necesario que se produzca su resultado natural, separable materialmente del acto»— y en «*los llamados delitos mutilados de dos actos o mejor de dos actos reducidos a uno o en que se prescinde por el legislador de uno*», donde el primer acto se realiza, pero el segundo no. Para el último, basta una tendencia hacia él que no es el dolo, pues este está referido al primer acto (Bustos Ramírez, 1994, pp. 314 y ss.), lo que tendrá repercusión en la exigencia del reconocimiento de ciertas causales de justificación, también denominadas simétricamente como de «mutiladas de dos actos», según la importante teoría de Alicia Gil Gil (2002).

La dogmática neoclásica, dada la filosofía neokantiana que le subyacía, era proclive a introducir aspectos valorativos que se superponían a los criterios naturalísticos con los cuales inicialmente trabajó su precedente clásica; por ello, muy bien se aviene a aquella la explicación suministrada por las diferentes variantes de la teoría del plan del autor, pues arrancando de los conocimientos y de la representación del agente, aspecto puramente subjetivo, tenían la pretensión de introducir cierta objetivación con la idea de que los mismos tenían que ser revisados a la luz de lo que valorara un observador imparcial dotado de los mismos datos del autor para que, desde una perspectiva *ex ante* pero externa más allá del mero juicio psíquico del autor, emitiera un juicio sobre la peligrosidad de la conducta y determinar si nos encontrábamos ante una tentativa supersticiosa, inidónea o idónea.

Se trataba de introducir, como juicio adicional al del autor, un «*juicio emitido por un observador imparcial situado en el lugar del autor y en posesión de todos los conocimientos que aquel tenía antes del hecho*», mismo que tenía naturaleza «*normativa social*», lo que la sitúa en la metodología neokantiana. Lo anterior es claro si se tiene en cuenta que su formulador fue Engisch y que, posteriormente, fue acogida por Welzel. El plan del autor se delimita con la introducción de una valoración «desde una perspectiva externa y no sólo en consideración» del propio parecer del autor (Serrano-Piedecabras Fernández, 2001, pp. 104 y 105).

La crítica formulada a los clásicos, y de la que dio cuenta Puppe, según la cual «el ilícito se agotaba en el proceso externo, es decir, objetivo, de





la causación de un resultado penalmente relevante por medio de una acción humana», será superada por los neoclásicos, muy especialmente por Engisch. A partir de la reformulación de la teoría de la adecuación, este jurista introduce aspectos normativos adicionales al juicio de causalidad, que implican entender que ya en el delito culposo se incluye un ilícito especial, lo que también, al parecer, extiende al doloso, ya que de la misma hace parte, como valoración de la acción, la infracción al deber objetivo de cuidado y la relación de antijuridicidad entre la conducta contraria a la norma y el resultado al cual está referida la misma. Lo anterior implica que debe verificarse que el resultado pertenezca al «peligro específico» que con ella se pretende evitar.

Con ello se sitúa al lado de la causalidad a la adecuación como elemento del tipo «especial», dado que esta se constituye en «íntima parte integrante de la inobservancia del cuidado requerido [que] se ensambla con el riesgo permitido y factores similares referidos al deber de cuidado que se hallan fuera de la causalidad». De esto depende la incorrección material de la norma, pues la «adecuación es parte integrante de la contrariedad a la norma jurídica o de la inobservancia del cuidado»: «Un hombre se comporta de modo *contrario a la norma jurídica sólo si deja de observar el cuidado objetivamente requerido* para evitar el resultado que él debe evitar», de tal manera que ya el juicio de prognosis sobre la posibilidad de que se produzca el resultado pasa de ser considerado solo como elemento de la causalidad de la conducta a constituirse en «elemento de la contrariedad objetiva de la conducta a la norma jurídica», y el elemento de la adecuación «queda absorbido en el elemento de la inobservancia del cuidado requerido»; en consecuencia, adquiere «carta de ciudadanía en el ámbito de la antijuridicidad», pues la adecuación da cuenta del significado de la contrariedad de la «lesión de aquella norma jurídica» que «tiende a la evitación del resultado típico» y que encarna «el cuidado objetivamente requerido» (Engisch, 2008, pp. 101 y ss.).

Como puede verse, ya no es un proceso causal ciego —*en sentido normativo*— el que determina lo antijurídico del acto conectado con el resultado, sino un juicio normativo que impone determinar una «contrariedad específica a la norma jurídica» con la cual se debe conectar jurídicamente el resultado; esto es, el mismo debe ser expresión de la «*realización del peligro*». Esta relación de antijuridicidad se constituye en un «elemento no escrito del tipo», donde se ubican «además de la *peligrosidad*, también





la *realización del peligro* como elemento del tipo especial *al lado* de la causalidad» (*Ibidem*, pp. 111, 121, 124 y 125).

Es claro que aquí se produce una anticipación de la moderna teoría de la imputación objetiva, válida para los delitos culposos y omisivos, pero también para los dolosos, de lo que no existe duda cuando Engisch afirma que «si falta la causación o la realización del peligro, sólo se puede hablar de tentativa» (*Ibidem*, p. 126).

- b) Basta el resultado salvador para reconocer una causal de justificación. Problemas cuando no se obtiene el resultado salvador: **¿Tentativa de justificación?**

Aplica aquí lo afirmado *infra* 1.1.1.

Como alternativa al dilema planteado, es decir, cuando no se consigue el resultado salvador, como respuesta cabría replicar en sede de justificación lo que sucede con el juicio *ex ante* de peligrosidad en el tipo para la tentativa inidónea en relación con la causal de justificación y el elemento objetivo de la justificante, de la mano de la posibilidad de admitir en aquellos elementos subjetivos. Ello, en cierta forma, implica un adelantamiento de la justificación a estados previos al resultado salvador teniendo en cuenta un «criterio objetivo basado en la ponderación de intereses», sobre todo «cuando el dato decisivo siga siendo uno de naturaleza objetiva» (Sanz Morán, 1993, p. 84; también De la Fuente, 2008, pp. 217 y ss.).

- c) **Excepcionalmente se requieren elementos subjetivos de la justificante (Norma subjetiva de determinación).⁵**

Al igual que en la tipicidad objetiva, se admitieron como complementos del injusto ingredientes subjetivos del tipo de manera excepcional. Ello también tuvo ocurrencia en su replicación en el ámbito de la antijuridicidad, concretamente en las causales de justificación, debido a que, adicionalmente, —*el elemento objetivo de la justificante era necesario, pero no suficiente*—, al menos respecto a la legítima defensa y al cumplimiento de un deber legal se demandaba para su reconocimiento la presencia del *animus defendendi* y del ánimo de actuar de conformidad con el ordenamiento jurídico. Para las restantes causales de justificación bastaba la presencia del elemento objetivo de las mismas.





Ciertamente, creemos que se complicaba el reconocimiento de una causal de justificación a un inimputable cuando se tratare de las dos causales que demandaban ingredientes subjetivos de la justificante, puesto que, muy a pesar de que el solo valor de resultado debería ser la contrapartida de su capacidad de ocasionar desvalor de resultado, *se entendió por mucho tiempo que no eran sujetos de beneficio de eximentes de responsabilidad*, dado que las causales de justificación envuelven juicios de valor como el que se trata de una agresión injusta en la legítima defensa o la proporcionalidad inherente a todas las causales. Esto implicaba cierta capacidad de reconocimiento del Derecho, ya comprometida por quien como inimputable no tiene la capacidad de comprender lo antijurídico de su acto, que implicaría igualmente que no puede comprender lo injusto de la agresión en la legítima defensa, lo jurídico de su acto o el juicio de proporcionalidad que sugiere cierta ponderación de intereses jurídicos que pone de presente su consonancia con lo que sucede respecto de los ingredientes normativos del tipo y la problemática del tipo de conocimiento que debe ostentarse en tales eventos (Jakobs, 1997, pp. 347 y ss.).

- d) En principio, la valoración de lo jurídico o injurídico no depende ni de los personales conocimientos ni de las particularidades tendencias del sujeto, **salvo en los eventos excepcionales (legítima defensa y cumplimiento del deber legal).**

Aplica aquí lo afirmado *infra* 1.1.1.

Sin embargo, ello opera en principio, salvo en las dos causales de justificación arriba señaladas, donde la exigencia del elemento subjetivo de la justificante imponía tener en cuenta conocimientos especiales –*conocimiento de los hechos constitutivos de la justificante*– y particulares tendencias –*actuar de conformidad con la causal de justificación*– del sujeto agente. En cierta forma, al menos en los dos casos señalados, el juicio de juridicidad o antijuridicidad tenía que hacerse cabeza por cabeza, sujeto por sujeto, conforme individualmente a su representación mental, consciencia y voluntad donde se perfilaba ya el advenimiento de un injusto personal-subjetivo.

Con ello se potenció lo subjetivo en el injusto y quedó preparado el camino para el advenimiento del ilícito personal-subjetivo en que desembocó, lógicamente, la teoría del delito con los cambios propiciados por la dogmática neoclásica.





También aquí, debe decirse, no se pueden demandar elementos subjetivos en las justificantes en el ámbito de los delitos culposos, toda vez que *i)* es un imposible admitir ingredientes subjetivos del tipo en los tipos imprudentes y, por lo tanto, tampoco deberían admitirse si se tiene en cuenta el principio de simetría, según el cual debe existir equivalencia entre el elemento fundante del injusto y de su exclusión, en la estructuración de las causales de justificación; y, *ii)* lo que se denomina desvalor de acción en los delitos dolosos no se corresponde dogmáticamente con lo que mal se llama desvalor de acción en los delitos culposos, tal como con contundencia lo ha demostrado Struensee (1987). Él afirma que allí solo podría hablarse de un desvalor de hecho que radicaría en la constelación de situaciones de peligro creada por la conducta (pp. 423 a 450), que sea de paso solo se presentaría en los delitos imprudentes con culpa consciente, pero nunca en los delitos culposos con culpa inconsciente.

- e) Opera la accesoriedad limitada en la intervención de los partícipes.
Comienza a romperse.

Aplica aquí lo afirmado *infra* 1.1.1.

De todos modos, debe advertirse que en los dos casos excepcionales de causales de justificación –*legítima defensa y cumplimiento de un deber legal*–, donde se demandaba el elemento subjetivo de la justificante, podía romperse la accesoriedad limitada y dar pábulo para la entrada de la accesoriedad mínima, cuando un autor o un partícipe actúa típicamente pero no antijurídicamente, pues la justificación está plena de los elementos objetivos y subjetivos; en cambio, otro actúa típica y antijurídicamente, pues no registró subjetivamente el conocimiento justificante de los hechos y/o el ánimo de actuar de conformidad que obligaría a acudir a una accesoriedad mínima y, eventualmente, de romperse esta, a la autoría mediata.

- f) No existen problemas con la configuración del injusto de los inimputables. **¿Se limitaría la aplicación en la legítima defensa y el cumplimiento del deber legal?**

Aplica aquí lo afirmado *infra* 1.1.1.

Si se requiere que el sujeto agente que invoca la causal de justificación de la legítima defensa o del cumplimiento de un deber legal actúe con el *animus*





respectivo, vale la pena preguntarse: ¿Al tratarse de un inimputable, ello limitaría el reconocimiento de las mismas? Esto porque si el inimputable no tiene la capacidad para comprender lo antijurídico de su acto, cómo podría ser posible que actuara con ánimo de cumplir una defensa legítima o un deber legal si, inexorablemente, tales conceptos tienen una dimensión jurídica que dificulta en grado sumo o imposibilita que conozca que actúa jurídicamente.

g) Dolo y culpa en la culpabilidad (Norma subjetiva de determinación).

Aplica aquí lo afirmado *infra* 1.1.1.

h) **La tentativa inidónea ya no es figura excepcional, sino tolerable (Norma subjetiva de determinación).**

El rompimiento sistemático que se produce en la dogmática clásica respecto de la punición de la tentativa inidónea o imposible, de alguna forma, no lo más apropiada o adecuadamente posible, es reparado por la dogmática neoclásica al aceptar *—aunque de manera poco convincente—* que el dolo en la tentativa hace parte de la tipicidad, lo que hace que ya aquella no sea excepcional, sino que, como mínimo, podríamos afirmar que se convirtió en una figura jurídica tolerable.

i) **Delitos de peligro presunto.**

En los delitos de peligro presunto o abstracto, la peligrosidad —el bien jurídico pasó de fundamento a convertirse en la mera *ratio legis* del delito⁴⁶— se presume *iure et et iure* o de derecho, sin posibilidad alguna de controvertirlo probatoriamente.

Tal idea quedaría muy bien explicada en la dogmática neoclásica, donde el sujeto del conocimiento podía modificar, transformar y hasta crear al objeto del conocimiento; se afirmaba, asimismo, que donde no había antijuridicidad material, el aplicador de la ley lo podía y debía entender sin posibilidad de oposición, tal como ocurría, por ejemplo, con la omisión que no era una acción y no producía un resultado, pero el no impedirlo, cuando se tenía el deber jurídico de hacerlo, *«equivalía a producirlo»*. O con lo que sucedía con la teoría limitada del dolo, donde se decía que ante las situaciones de *«ceguera jurídica»* y *«grave hostilidad con el derecho»* no

46 Así, afirmando que «el bien jurídico se reduce, en este caso, a un elemento de la propia norma, que tanto puede ser su finalidad cuanto la *ratio* de su sistema» (Tavares, 2004, p. 23).



existía consciencia actual de la antijuridicidad, pero ante la imposibilidad de dejar impune los delitos cometidos bajo tales premisas, por el grave quebrantamiento al sentimiento jurídico de justicia que se produciría en la comunidad, debía entenderse que existía dolo, o sea, dichas dos situaciones equivalían a la consciencia actual de la antijuridicidad.

- j) También aquí tendrían cabida los sistemas penales que manejan un sistema de *numerus clausus* en materia de imputación a título de tentativa.

Aquí, como en el punto 1.1.1., nos encontraremos ante una potenciación del injusto objetivo cuando los sistemas legales consagran, como es de regular ocurrencia en Alemania y España, cláusulas cerradas de operatividad de la tentativa, pues no todos los hechos punibles admiten tentativa, sino que se dispone expresa y taxativamente cuáles sí la permiten. En cierta forma, pierde presencia la manifestación de un injusto subjetivo.

Así, por ejemplo, en Alemania el artículo 23 del Código Penal determina que la tentativa solo es punible en los delitos graves, pero no sucede así en los delitos menos graves, pues para ello debe decir expresamente en la ley lo referente a la punibilidad.

1.2. Teoría monista subjetiva (Norma subjetiva de determinación) - Zielinski

Estas teorías, como ya se mencionó arriba, se fundan en la infracción de la norma subjetiva de determinación para la constitución del injusto o lícito penal, lo que sin duda alguna es una herencia, por el momento, imperecedera del finalismo respecto de la discusión postfinalista.

Su característica principal y determinante viene dada por efectuar una equivalencia entre desvalor de acción y desvalor de intención. El primero está determinado por la existencia del «dolo y elementos subjetivos del injusto» que se estructuran en el tipo subjetivo del tipo complejo (Bacigalupo), en el «sentido que el autor le ha dado al hecho» o hechos (Kaufmann), pero no es necesario que este –su objeto y modalidades– realmente tenga existencia, sino que «únicamente el autor potencial suponga que efectivamente se hallan ante él» (Zielinski). En palabras de Sancinetti, «el ilícito está constituido [...] siempre, por la voluntad de realización, el dolo; no por la realización de la voluntad», ante lo cual





los críticos afirman, con toda razón, que (Martínez Escamilla y Moreno-Torres Herrera) ello «supone, en definitiva, dejar en manos del sujeto activo la determinación de la materia exacta de prohibición» (Moreno-Torres Herrera, 1999, pp. 84 a 91. Muy especialmente pp. 96 y 98).

Con ello, en nuestro sentir, se deja de lado la realidad y se pasa a valorar lo meramente subjetivo del autor, su representación mental, cuando todos sabemos hoy por las enseñanzas de la neurociencia que el cerebro construye las imágenes a partir de miles de datos provenientes del mundo exterior, por lo que no son pocas las ocasiones en las cuales no coincide lo externo con lo interno, llegando entonces a privilegiar la imagen mental subjetiva sobre la realidad.

Nicolai Hartmann (1954), de quien se dice influyó grandemente en Welzel, planteaba en su ontología que «la filosofía nace del trato con la realidad y no del aislamiento proporcionado por el gabinete de estudio», lo que pareciera percibirse en el pensamiento de los subjetivistas extremos herederos del gran penalista; por supuesto, con el agravante de que en ellos ya el aislamiento no es entre realidad y el gabinete de estudio, sino entre realidad y mundo subjetivo del *pensador de gabinete*⁴⁷.

Frente a todo lo anterior, pareciera que poco o nada importa el tipo objetivo, más bien el tipo subjetivo constituye ya la tipicidad en cuanto al poder fundante total que se otorga al peligro *ex ante* desde la mera perspectiva del autor. El juicio de adecuación típica se hace desde la representación del autor, tomada como dogma inamovible.

- a) Injusto personal - Desvalor de acción como elemento fundante llevado al extremo.

Stratenwerth atribuye a Oskar Adolf Germann (1914) haber develado tempranamente la importancia de la voluntad en la constitución del injusto, al señalar que el ilícito se «caracteriza ampliamente por la dirección de la voluntad» y «únicamente el querer producirlo —*el resultado delictivo*— es

47 «La ruptura con el neokantismo está cumplida [...] La independencia y la prioridad de lo ontológico sobre lo gnoseológico están pacientemente reconquistadas. El ente no se evapora en actos de conocimiento; antes bien, éstos lo dejan intacto en su carácter de *tab*», lo cual rige para los procesos físico-materiales como para los psíquico-espirituales, dice Estiú en la presentación de Nicolai Hartmann (1954, pp. 13, 23 y 45).





lo que constituye el delito». Lo consecuente con la exclusión del resultado por virtud del juego del azar en su producción es no mandar resultados por parte de las normas, sino que estas más bien deben ordenar, «*no debes querer producir el resultado*» (Stratenwerth, 2006, pp. 24 y 38), donde se encarnan en lo más hondo los fundamentos del subjetivismo, pues le quita al «no debes matar» que subyace al tipo penal del homicidio, la posibilidad de entender el mandato en forma objetiva o como mínimo de manera neutra, en tanto lo transforma en un deber subjetivo de «*no debes querer matar*», lo que muy bien calza con la idea welzeliana de la conversión en deberes de los valores elementales de conciencia ético-social.

Welzel, sobre la base de su concepción filosófica de las estructuras lógico-objetivas que implicaban un condicionamiento del mundo del ser respecto al deber ser, concibió toda su teoría del delito a partir de la acción como finalidad, sirviendo esta como la piedra angular a través de la cual la edificaría.

Sin embargo, fue su posición filosófica sobre la misión del Derecho penal lo que produjo el impacto más sobresaliente en su concepción del injusto personal-subjetivo, toda vez que señaló que su misión principal era la defensa de los valores de conciencia ético-sociales elementales, mismos que, al afianzarse, permitían una protección preventiva o adelantada del bien jurídico, que pasaba a un segundo plano en importancia muy a pesar de haber reivindicado la teoría liberal del bien jurídico –teoría dinámica– que había sido aplastada por el régimen nazi. Esos valores elementales de conciencia ético-social se encarnaban en los deberes jurídicos, por lo que al infringirlos el sujeto también los afectaba, y así lo contrario a derecho debía concebirse, necesaria y suficientemente, a partir de la infracción a un deber.

El ilícito final era evidente. Welzel afirmaba que «la acción final colorea a la conducta humana», luego entonces, el color de lo jurídico o anti-jurídico solo podía ser suministrado por la finalidad perseguida por el sujeto agente del delito; o lo que es lo mismo, por el desvalor de acción o desvalor de la intención.

Consecuentemente, tendría que decirse con Suárez Montes (1963), que en el «finalismo la existencia o no existencia real de la situación típica –tanto en los delitos de comisión como en los de omisión– no prejuzga ni influye en lo más mínimo en el carácter debido o no debido de la conducta», toda vez que «el juicio de antijuridicidad se conecta a la representación del autor, no a la realidad de la situación, en que la acción o la omisión se desarrollan» (pp. 51 y 52).





Por ello, de manera contundente, Zieliski afirmará que «lo injusto consistirá exclusivamente en la transgresión de la norma jurídica de determinación, es decir, en el desvalor de la acción [...] el individuo se rebela contra la norma [...] El resultado es irrelevante para lo injusto porque su producción o no producción en realidad depende del azar», y, por ello, lo determinante es la «capacidad de resultado de la acción comprobada *ex ante*» (Cfr. De la Fuente, 2008, pp. 88 y ss.).

Los ingredientes del injusto parece que llegaran a su sede natural, son plenamente sistemáticos y se insertan en el tipo subjetivo.

Hoy se conviene, por la doctrina, que Kaufmann y Zieliski llevaron hasta sus últimas consecuencias el injusto personal-subjetivo y el ilícito final de su maestro Hans Welzel, muy especialmente de la mano de entender el injusto como infracción de la norma subjetiva de determinación.

Pensamos que, de conformidad con la regulación constitucional del libre desarrollo de la personalidad en la Constitución alemana, resulta factible construir injustos fundados exclusivamente en un desvalor de acción, pues las tres limitantes al estatus activo de acción del ciudadano operan independientemente, toda vez que la fórmula jurídica de su adopción estableció su alternatividad, al disponer que «*toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral*» (artículo 2.º, numeral 1.º). Atendiendo dicha norma, en 1964 el Tribunal Constitucional alemán fundó la constitucionalidad de la penalización de relaciones homosexuales entre mayores de edad, aun cuando, en palabras de Roxin, ya no es un criterio seguido por la jurisprudencia⁴⁸⁻⁴⁹.

48 Dijo el Tribunal Constitucional: «La actividad sexual entre personas del mismo sexo atenta claramente contra la ley moral» (citado por Roxin, 2016c, p. 399).

49 Los legisladores alemanes de 1962 incluyeron este tipo penal argumentando que las conductas homosexuales entre mayores de edad son «como una conducta especialmente reprochable en lo ético e infame según la convicción general» (Roxin, 2016f, p. 43). Así mismo, mediante la exposición de motivos del legislador alemán, se señala que «las normas penales sirven para proteger bienes jurídicos, pero no excluye criminalizar determinados casos de un comportamiento especialmente reprochable, desde el punto de vista ético, y vergonzoso según la convicción general, aunque con el hecho no se lesione ningún bien jurídico inmediato» (Hurtado Pozo, 2005, p. 18).





Posiciones más moderadas entienden la norma de determinación en consonancia con la protección del bien jurídico, por lo que Zieliski es un extremo bastante riesgoso para la intervención mínima, o al menos moderada, del Derecho penal. Por tal razón, y sin perder la referencia obligatoria al bien jurídico y, por supuesto, la consideración a la norma objetiva de valoración y conforme a la norma subjetiva de determinación, se sostienen posiciones como la de Jescheck y Weigend (2014):

[...] el ordenamiento punitivo consiste en declaraciones de voluntad del legislador que promueven un comportamiento determinado del destinatario de la norma. Sus normas se conciben así como proposiciones de deber dirigidas a todos los individuos en las que, en todo caso, se señalan deberes públicos por tratarse de disposiciones penales, deben entenderse, pues, como *imperativos* tal y como también lo hace la comunidad. La misión del Derecho es *instruir de modo correcto el querer interno* de la persona, antes de que sea cometida una acción que podría ser valorada como antijurídica. Y dado que el Derecho debe influir en la comunidad, su función como norma de determinación posee una significación preferente (p. 350).

Debe advertirse que, como dice Roxin, no todo aquel que menciona al bien jurídico hace una utilización coherente y consecuente del mismo en los desarrollos dogmáticos, lo que parece tener ocurrencia con los partidarios de un injusto subjetivo, pues solo ven el bien jurídico a la manera de los esbozos de Honing, Grünhut y Schwinge, quienes «reducen el bien jurídico a la finalidad legal», sin aptitud de limitar efectivamente la punibilidad (Roxin, 2016f, p. 34).

b) El desvalor de resultado no pertenece al injusto.

Para Zieliski, el injusto prescinde por completo del desvalor de resultado para la fundamentación del injusto y así, consecuentemente, la justificante prescinde correspondientemente del valor de resultado para su exclusión (Sanz Morán, 1993, p. 61). «Del mismo modo, el valor del resultado también es irrelevante en la exclusión de lo injusto. Si lo injusto típico se funda exclusivamente en el *desvalor de acción*, necesariamente, en su exclusión habrá que atender sólo al valor de la acción» (Cfr. De la Fuente, 2008, pp. 91 y 92).

Muy a pesar de ello, Zieliski no visualizó el resultado como una condición objetiva de punibilidad, habida cuenta de que le asignó el papel de *i*) comunicar la conmoción que el delito causa en la paz jurídica de





la comunidad, en cuanto lesión a la consciencia jurídica del grupo; y, de *ii*) cumplir una función «indiciaria», «primero, como indicio de la existencia de un ilícito en sí mismo; y, segundo, como un indicio de la finalidad de la acción, es decir, que ayuda a comprender cuál es dicha finalidad» (Cfr. Pessoa, 2007, pp. 264 y ss.).

- c) No existe diferencia entre consumación y tentativa acabada. Solo se diferencia entre esta y la inacabada.

Tentativa acabada y consumación tienen el mismo desvalor de acción, pues en ambas el sujeto ha realizado de manera completa lo que se proponía llevar a cabo; luego entonces, el resultado, que es un componente altamente azaroso o librado a la suerte, no puede aumentar el desvalor de acción de algo que resulta equivalente. Ahora, sí existe una diferencia en el peso del desvalor de acción de la tentativa inacabada, donde no se ha completado la conducta propuesta por el autor y la acabada donde el mismo aparece incrementado.

- d) Desequilibrio total entre desvalor de acción y desvalor de resultado.

Por supuesto, no podría ser de otra manera, el desvalor de resultado y con él, el valor del resultado, son expulsados de la estructura del delito. Apenas se les reconoce como referente para la punibilidad con efectos en tal ámbito, pero no en la acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, con lo que algunas críticas que se habían formulado a Welzel por su reconocimiento del desvalor de resultado en la concepción del injusto subjetivo quedan despejadas.

En efecto, el resultado apenas tiene relevancia como criterio de extensión o necesidad de pena, incluso, dice Zieliski (citado por De la Fuente, 2008): «dado que el resultado de la acción sólo puede producirse, necesariamente, después de la terminación del acto, por lo tanto, después que la culpabilidad ya está realizada en todo su contenido, [ya] el resultado no puede tener ninguna influencia sobre la culpabilidad» (pp. 92 y 102); se trata, evidentemente, de una condición objetiva de punibilidad situada fuera del ámbito del injusto.

Por supuesto, al no otorgarse valor alguno al desvalor de resultado en la constitución y/o en el incremento del injusto, se dice que «ello no significa que su función haya de perder importancia en el ámbito de las cate-





gorías sistemáticas del delito», por lo que cumplirá el papel de «función de intermediación del resultado». Dicho papel consiste en dar cuenta de la «repercusión que ello tiene a nivel de indignación de la comunidad jurídica y en la propia conciencia del autor», para la cognoscibilidad del ilícito cometido y, a su lado, una «función indiciaria», que muestra cómo «ese resultado deviene en señal del carácter posiblemente delictivo de la acción», que se constituye en una prueba, «a veces la única segura, sobre la peligrosidad que entrañaba la realización de la acción que lo ha causado». El resultado así concebido solo tiene importancia como necesidad de pena, estableciendo «entre las conductas ya prohibidas, aquéllas que efectivamente han de ser punibles, y ayudará a decidir el grado de dicha punición» (Moreno-Torres Herrera, 1999, pp. 175, 187 y ss.).

e) Dolo, culpa y elementos subjetivos pertenecen al tipo subjetivo.

Kaufmann (citado por Moreno-Torres Herrera, 1999), en una línea pronunciadamente subjetiva como la de Zieliski, anotaba que «sólo el sentido que el autor que en el dolo de hecho ha dado a su hecho determina el sustrato valorativo del juicio de antinormatividad. La misma tentativa supersticiosa es así injusto» (pp. 84 y ss.).

Obviamente, son expresiones de la infracción de la norma subjetiva de determinación y representan al desvalor de acción.

f) Todas las causales de justificación demandan elementos subjetivos.

También esta es una consecuencia necesaria de la impresionante subjetivización que implica la desatención o, como dirá específicamente Kaufmann, de la expulsión del desvalor de resultado de la estructura del delito, donde el valor de resultado pierde casi que toda, por no decir toda, consideración en cuanto a relevancia en los efectos del injusto final subjetivo.

Jescheck indica que para los partidarios de un injusto marcadamente subjetivo:

[...] en todas las causas de justificación el ánimo del autor [debe] coincidir con la intención de la proposición permisiva, pues sólo bajo este presupuesto se elimina el desvalor de la acción del hecho. Pero también desde el punto de vista de la teoría de la finalidad resulta evidente la toma





en consideración de los elementos subjetivos de justificación, puesto que lo importante es lo que el autor quería conseguir (Jescheck & Weigend, 2014, p. 485).

Las causas de justificación, dice Hurtado Pozo (2005), tienen la misma estructura del tipo complejo, esto es, una parte objetiva y otra subjetiva, por ejemplo, en la legítima defensa de lo primero, actuar ante una «agresión ilegítima» (pp. 521 y 522); por tanto, en lo subjetivo debe existir tal representación, lo que involucra, en nuestra opinión, discusiones sobre el carácter lícito de la consciencia para actuar de conformidad o, como mínimo, un cierto conocimiento en consonancia con los ingredientes normativos del tipo cuando lo exige la ley, lo que tampoco libera de problemas a estas teorías subjetivas.

Resulta tan pronunciada la subjetivización del injusto que, incluso para el evento del delito culposo, sería procedente reclamar la existencia y presencia de los elementos subjetivos de la justificante, tal como así se hace, sin consideración a que no existe una plena equivalencia entre el desvalor de acción del delito doloso y lo que se llama desvalor de acción en el culposo, que no es otra cosa que la infracción al deber objetivo de cuidado según lo formuló Werner Niese (Struensee, 1987, pp. 423 a 450).

- g) Son necesarios para la estructuración del elemento subjetivo los particulares conocimientos y cierta tendencia en el obrar. De faltar alguno, el injusto es consumado.

Como el desvalor de resultado no pertenece a la estructura de la responsabilidad penal, sino que se conforma como una condición objetiva de punibilidad, como dice Kaufmann de manera radical, conviene Zieliski que el resultado salvador no «*forma parte de la acción permitida*», sino con mera operatividad referencial, por lo que lo constitutivo del acto de defensa o acto de salvación deberá definirse por el valor de la intención en torno a ello, dado que «el *desvalor de intención* fundamentador del injusto sólo puede ser compensado por un correlativo *valor de intención*» (Sanz Morán, 1993, p. 61).

Ya esto venía sugerido por Suárez Montes (1963), quien afirmaba que, de aplicarse consecuentemente el juego desvalor-valor de resultado y desvalor-valor de acción entre tipo y antijuridicidad, guardando una simetría inversa, «resulta, pues, que se llega forzosamente a una fundamentación





puramente *subjetiva* de la no antijuridicidad (exclusión del injusto) en supuestos de causas de justificación. La conducta típica de un delito de comisión realizada en creencia *errónea* (invencible) de la existencia de la situación de una causa de justificación no es antijurídica» (p. 47).

- h) Accesoriedad mínima en la responsabilidad de los partícipes. Autoría mediata.

Una interpretación consecuente es que para guardar la lógica entre las diferentes proposiciones jurídicas que se imbrican en el injusto —si este es personal-subjetivo, lo que indica que se establece «cabeza por cabeza»—, lo que es justo o injusto para uno o unos no necesariamente lo será para los demás. Cuando se trate de trabajar la responsabilidad accesoria de los partícipes, a veces la teoría se va a encontrar solo con conducta típica, mas no antijurídica, por lo que tendría que conformarse con una accesoriadad mínima.

Afirman una accesoriadad mínima en Alemania, «Von Hippel, Deutsches Strafrecht (1930), t. II, 2001, p. 448, quien la postulaba de *lege lata* incluso para la regulación del StGB anterior a 1943. Para el autor citado, el § 48 StGB con la expresión “*begangene strafbare Handlung*” solo hacía referencia a la ejecución del tipo objetivo de un delito. Simpatizaba con la redacción del AE 1966 Kaufmann» y se alcanzó a tener preferencia por ella en el Proyecto Alternativo de 1966, según reporta Vacchelli (2018), quien, además, afirma:

Lo que ahora me interesa poner de relieve son las repercusiones de un planteamiento imperativista en la teoría de la intervención, las cuales, naturalmente, derivan en la asunción de un modelo de accesoriadad determinado. Frente a lo que se podría pensar inicialmente, el imperativismo no conduce a una accesoriadad máxima, por el contrario, se acerca más al paradigma de la accesoriadad mínima, aunque superando su molde original [...] Esto implica que el hecho vinculante para los partícipes no es (necesariamente) un hecho antijurídico y doloso en el sentido de la accesoriadad limitada, sino la valoración objetiva de un hecho en tanto norma promulgada en condiciones ideales. Pero dicha idea no coincide con el hecho principal objetivamente típico que postula el modelo de la accesoriadad mínima, ya que el hecho que actúa como regla intersubjetiva y frente al que el partícipe tiene el deber de no adaptarse puede ser tanto de un hecho antijurídico en el sentido habitual de la expresión, como un





hecho neutral o incluso un comportamiento jurídicamente correcto o debido, siempre que sea valorado subjetivamente por el interviniente como lesivo para una posición jurídica ajena (pp. 236 y 237).

Los planteamientos imperativistas iniciales, posteriormente morigerados por los deterministas, demandaban que dogmáticamente se entendiera que solo existían normas que mandaban y los permisos eran formas exceptivas dentro de ellas mismas, razón por la cual varios autores vinculan la teoría de los elementos negativos del tipo con aquellas. Una teoría imperativista consecuente necesariamente desemboca en una accesoriedad mínima de manera inexorable.

Díaz y García Conlledo (2002) afirma que es una propuesta muy rechazada; así mismo, da cuenta de que en España es seguida por Baldova, pero que «la misma no debe aceptarse, porque el favorecer hechos justos, o sea no prohibidos ni desvalorados por el Derecho, no puede ser a su vez jurídicamente desvalorado y prohibido (y tampoco debe, como norma general, el Derecho penal castigar la participación en hechos antijurídicos, pero atípicos, como lo son, entre otros, aquellos en que concurre una causa de atipicidad, aunque la misma no sea a la vez causa de justificación)» (pp. 43 y 44).

Lozano Maneiro (1998), quien hace una crítica muy acertada, señala lo siguiente:

[...] un hecho, aun respondiendo a la descripción típica puede ser un hecho lícito, en la medida en que no lesiona ningún bien jurídicamente protegido. En este caso, aplicando la concepción de la accesoriedad mínima, se llegaría al absurdo de castigar la participación a un hecho conforme al Derecho⁵⁰.

Hurtado Pozo (2005) parece referirse a ella cuando señala que en el otro extremo de la accesoriedad que demanda tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en el comportamiento del autor para que quede vinculado el partícipe se requiere que se actúe solo de manera típica e ilícita, a lo que llama «accesoriedad mínima» (ver § 2272, p. 887). Parece que allí, o existe un *lapsus calami* o llama mínima la accesoriedad limitada

⁵⁰ También en Italia admiten la accesoriedad mínima C. Pedrazzi y A. Latagliata (Lozano Maneiro, 1998, pp. 26 y 28).



como la más simplemente admisible desde el punto de vista jurídico o se está refiriendo a otra cuestión diferente: que la conducta del autor es típica y antijurídica con presencia de las causales de justificación, pero con ausencia del elemento subjetivo de la justificante y con afirmación de la antijuridicidad material, lo cual sería, realmente, una propuesta muy novedosa que bien encajaría en una concepción del injusto personal-subjetivo sin perder el tinte de la protección del bien jurídico.

Se señala lo anterior, dado que con dicha posición se obviaría la crítica de Lozano Maneiro, pues su ejemplo es de una conducta típica, pero con ausencia de antijuridicidad material, lo que no se presentaría si se entendiera la accesoriedad como una conducta típica e ilícita materialmente.

Caro John da cuenta de la accesoriedad mínima cuando afirma que «el partícipe interviene en un hecho del autor que es típico, siendo la tipicidad suficiente para fundamentar la responsabilidad del partícipe. Pero puede darse el caso [de] que el autor actúe en legítima defensa y por eso no responde; sin embargo, el partícipe sí respondería porque la conducta del autor es típica aunque no es antijurídica» (Caro John, 2014, p. 158; Cfr. Villavicencio Terrero, 2006, pp. 499 y 500).

Así lo ha expuesto De la Fuente (2008), quien afirma que es la consecuencia lógica y coherente de una teoría del injusto personal-subjetivo, por lo que el elemento subjetivo de justificación también debe exigirse al partícipe, toda vez que la accesoriedad no es una extensión del injusto, sino «tan solo de la tipicidad»⁵¹.

Y es que la noción de injusto personal así lo impone, toda vez que trabajar con una accesoriedad limitada sería tanto como admitir que lo que es justo o injusto para unos lo será también para todos. Creemos que es una inconsecuencia del finalismo y un gran número de los partidarios de un injusto personal-subjetivo siguen sosteniendo la teoría de la accesoriedad limitada, pues ella se muestra como compatible solo con una teoría del injusto general-objetivo.

Si se rompe la accesoriedad mínima, solo queda como recurso acudir a la autoría mediata respecto del hombre de atrás.

⁵¹ Cfr. De la Fuente, 2008, pp. 276 y ss.



- i) Tentativa inidónea es el prototipo y hasta el paradigma de lo delictivo.

La tentativa inidónea es por excelencia y antonomasia todo lo contrario a la infracción de la norma objetiva de valoración, de allí que, aparezca como el ejemplo prototípico o paradigmático de la infracción a la norma subjetiva de determinación, que expresa el desvalor de acción y/o de intención del injusto personal-subjetivo, *sustancializado como el más puro y auténtico desvalor de acción y/o de intención*.

- j) Problemas con los inimputables.

Son evidentes los problemas con los inimputables, de quienes casi que se reclamaba su expulsión del Derecho penal, como lo postulaban pioneros imperativistas como Merkel, Kolhsrauch y Ferneck.

Vale plenamente, con más razón, lo anotado sobre la teoría neoclásica del delito respecto a este mismo punto (1.1.1.), pero llevado al extremo.

Nuevamente los inimputables vagan errantemente por lo ancho y largo de las diferentes categorías dogmáticas como almas en pena, hasta el punto de que hoy algunos, que no le encuentran lugar adecuado en la teoría del delito, los expulsan al ámbito del Derecho penal del enemigo.

Ciertamente, podría afirmarse que así como en el dolo de tipo no se exige la consciencia de la ilicitud sino hasta la culpabilidad, también, consonantemente, debería ser claro que al inimputable no se le debería exigir la consciencia de la licitud como bien lo dice Bramont-Arias Torres (2002), pues basta con que el agente de la legítima defensa «[sepa] que está actuando en defensa de un bien jurídico» (pp. 270 y 271). No obstante, es claro que como mínimo ello envuelve un juicio valorativo-normativo en torno a la expresión «defensa de un bien jurídico», por no decir que ya es mucho más pronunciado si nos referimos al elemento «*agresión injusta*», tal cual sucede con la problemática del conocimiento de los ingredientes «*normativos*» del tipo.

- k) El examen de la justificante conforme a deber, así no estén presentes los presupuestos objetivos de la causal, origina exclusión del injusto.

Tal es la posición de los subjetivistas extremos, entre ellos Zieliski, quien afirma que si un autor «*examina cuidadosamente la posible presencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación que venga en con-*





sideración, para que esta pueda desplegar su eficacia», se debe suplir por «completo la ausencia de los presupuestos objetivos de la causa de justificación» (Sanz Morán, 1993, pp. 45, 46 y 47; Cfr. De la Fuente, 2008, pp. 183 y ss.). Por consiguiente, se obraría justificadamente y no inculpablemente por error de prohibición, por lo que bastaría la presencia del elemento subjetivo de la justificante al margen del objetivo para exacerbar el injusto subjetivo con el reconocimiento de lo justo extremadamente subjetivo, que desdibuja los intereses de la víctima, en tanto se anula la llamada «*norma de protección*» de la que habló Gallas.

- l) Delitos de peligro presunto⁵², proposición o mera propuesta para delinquir y el acuerdo para delinquir.

Un injusto subjetivo cuyo paradigma sea el desvalor de acción y/o de intención, como se vio para la tentativa inidónea, no tiene problema alguno en respaldar y hasta promocionar también como fieles reflejos del más craso desvalor de acción los delitos de peligro presunto, la mera propuesta para delinquir que una persona hace a otro o la mera concertación entre dos personas para cometer delitos, sin que el desvalor de acto vaya más allá del simple acuerdo.

- m) Preponderancia de lo subjetivo en el desistimiento frustrado.

Cuando el sujeto que ha agotado toda su conducta y se arrepiente, por ejemplo, decide desactivar la bomba que ha puesto en un centro comercial, procede a hacerlo y se encuentra con que ya la autoridad especializada la ha desactivado, nos encontramos ante un desistimiento frustrado que, en las teorías subjetivas del injusto, conducen a prescindir de la pena, donde consecuentemente se impone el valor de acción del arrepentimiento activo expresado en el desistimiento sobre el desvalor de acción de la colocación del artefacto explosivo.

Para los efectos del desistimiento frustrado, el énfasis en lo subjetivo conlleva, en la práctica, la imposibilidad de que pueda estructurarse en la figura de la tentativa inidónea, puesto que creemos que resulta una contradicción desistir de la peligrosidad de un acto que no causa ningún

⁵² Muy crítico desde la perspectiva del bien jurídico y su coherente aplicación a los conceptos dogmáticos (Roxin, 2016f, pp. 54 y ss.).



peligro; por tanto, si no es posible cumplir lo imposible, tampoco es posible desistir de lo imposible, al menos que consideremos ello solo en la mente del autor, como expresión de un Derecho penal fundado en el puro ánimo del sujeto.

Muy a pesar de la explicación de Roxin (2016b), según la cual en la tentativa inidónea tiene cabida el desistimiento frustrado con la demostración de que el autor «debe intentar neutralizar, con tal conducta, el peligro que él supone haber creado» (pp. 231 y 232), un ejercicio tal de malabarismo mental es casi imposible realizarlo y en la praxis resulta un concepto incontrolable, solo sometido a la subjetividad del juez. Es importante recordar que Roxin propone acabar con la tentativa inidónea por los múltiples problemas que suscita.

- n) También aquí tendrían cabida los sistemas penales que manejan un sistema de *numerus clausus* en materia de imputación a título de tentativa.

Aquí, como en el punto 1.1.1., nos encontraremos ante una potenciación del injusto objetivo cuando los sistemas legales consagran, como es de regular ocurrencia en Alemania y España, cláusulas cerradas de operatividad de la tentativa, pues no todos los hechos punibles admiten tentativa, sino que se dispone expresa y taxativamente cuáles sí la permiten. En cierta forma, pierde presencia la manifestación de un injusto subjetivo.

Así, por ejemplo, en Alemania el artículo 23 del Código Penal determina que la tentativa solo es punible en los delitos graves, pero no sucede así en los delitos menos graves, pues para ello debe decir expresamente en la ley lo referente a la punibilidad.



2. Teorías dualistas de las normas (Norma subjetiva de determinación - Norma objetiva de valoración)

Ya es una tradición reconocida desde los años sesenta del siglo XX admitir que la teoría del delito y, particularmente, la del injusto se configuren a partir del entendimiento de la infracción conjunta de las norma objetiva de valoración y subjetiva de determinación, como se demuestra con el análisis de la mejor doctrina. Parece, pues, que dicha opción metodológica recoge el pensamiento mayoritario y casi consensual sobre la forma de proceder para la construcción del injusto penal, pues bien vistas las cosas solo existen teorías dualistas con prevalencia de una u otra norma, lo que determinará un enfoque más objetivo de la antijuridicidad —y *menos subjetivo*— o más subjetivo —y *menos objetivo*— de tal categoría dogmática, sin que nos encontremos con límites extremos del objetivismo o el subjetivismo.

La mayoría de las teorías actuales se encuentran en un espectro combinatorio de la utilización de ambas normas, ampliamente informado por la intersección de sus efectos y unas que otras posiciones que se apartan más del grueso de versiones de todos modos diferenciales —*teorías dualistas*—, que aquí llamamos monistas objetivas o monistas subjetivas por razones pedagógicas, pero en las cuales no es posible descartar la incidencia tanto de la norma objetiva de valoración como de la norma subjetiva de determinación.

Bustos Ramírez (1994) es un firme partidario de las teorías dualistas de la norma y resalta la importancia social que estas tienen:

Esta teoría parte de la existencia de normas, esto es, de reglas jurídicas con carácter imperativo —prohibiciones o mandatos—; pero reconoce que el ordenamiento jurídico no consiste sólo en normas, sino que además existe otro género de reglas jurídicas, las reglas de permiso (legítima defensa, estado de necesidad, las llamadas causas de justificación en general), estas reglas de permiso son de carácter independiente a las normas y no tienen entonces sólo por función delimitarlas o circunscribirlas. [...] al igual que para los monistas, las normas están constituidas por un imperativo, implican una obligación, prohibición o mandato, respecto a la conducta



del sujeto (lo motiva a actuar de determinada manera). Por eso es que la norma está más allá de la ley penal, el delincuente contraviene la norma (la norma prohíbe matar, robar, etc.), pero no la ley penal, pues en este caso el delincuente lo único que hace es cumplir con la primera parte de ella (el que mate a otro... el que se apropie con violencia o intimidación o fuerza en las cosas de cosa mueble ajena [...], etc.). Luego, la norma se deduce exclusivamente de la primera parte de la ley penal, en cuanto la acción realizada por el sujeto justamente cumple totalmente aquello que la prohibición quiere que se omita.

Y continúa:

La norma implica una valoración respecto de actos (en vista o dentro de una relación social y en ese sentido es objetiva, desde la relación social, no subjetiva o desde el sujeto actuante). Es importante que se trate de una valoración objetiva, pues en otro caso llevaría posteriormente a una subjetivización de la tipicidad y de la antijuridicidad. Por otra parte, en cuanto a la estructura de la norma, ella es de carácter comunicativo o dialogal, ya que está inmersa en una relación social, y por ello siempre ha de tenerse en cuenta al otro, respecto del cual se señala un determinado comportamiento («se prohíbe matar [...] a otro») y también hay que considerar la expectativa de un tercero, el Estado, que impone una pena al acto contrario [...] La norma es un proceso comunicativo dentro de un conflicto social, su finalidad es la resolución de ese conflicto social, y por eso dentro de los intereses en juego contrapuestos, señala cuál es el valor del sistema y en este sentido instruye respecto de cuál es la forma cómo [sic] no debe resolverse el conflicto, dejando entonces abiertas diferentes y amplias opciones de resolución. En este sentido solamente se puede decir que la norma previene de modo general (tiene como función prevenir), en cuanto señala anticipadamente cuál es la forma de resolución de un conflicto [...] Es por eso que en el delito o injusto es necesario destacar el rol que juega la víctima, su determinación no es posible (ni de la tipicidad ni de la antijuridicidad) si no se examina cuál ha sido el papel que ha desempeñado. Pero no sólo en este plano es necesario destacar a la víctima, sino además en el proceso, en cuanto el Estado tiene que garantizar también a la víctima (para impedir una segunda victimización —la primera ha sido la del delito y la segunda si no se da la suficiente protección, la del proceso penal—) y además permitirle una participación activa, esto es, que el proceso sea entre partes y que ellas puedan entonces también intervenir en la resolución de su conflicto. Es por eso que el Estado no sólo tiene que considerar como expectativa la imposición de una pena, sino además, posibilitar que en el proceso penal se den formas diferentes





de su terminación; esto es, su suspensión o no inicio y, por lo tanto, la no imposición de una pena, en razón de la comunicación establecida entre las partes (pp. 54 y ss. y 68).

Muy seguramente aquí se encuentran imbricaciones necesarias con afirmaciones que ya había efectuado Gallas, según las cuales, en materia de Derecho penal nos encontramos con «una norma de conducta referida al autor y una norma de protección referida al lesionado «porque el injusto lo es del hecho y no solo de «una manifestación de una voluntad dispuesta al hecho [...] es la acción delictiva no como expresión de la desobediencia al derecho, sino a causa de la posibilidad *real* a ella ligada de lesión de un bien jurídico» (Sanz Morán, 1993, pp. 14, 18, 22 y 23).

Así también lo expresa claramente Wessels (1980), quien aprueba que «el disvalor del resultado del hecho (la lesión o la puesta en peligro del objeto de protección correspondiente) y su disvalor de acción (la forma en que se la ejecuta) determinan el contenido de injusto del hecho» (p. 6). Ello tendrá repercusiones también para el elemento subjetivo en las causales de justificación, pues su exigencia por vía excepcional en el ámbito de la dogmática clásica se generalizará con Weber (1935) para todas y absolutamente todas las causales de justificación por virtud de la concepción sobre el «*injusto personal*», lo que será también afirmado por Welzel en cuanto y tanto «solamente las acciones finales serían objeto idóneo de la exclusión del injusto». Frisch, por su parte, también reafirmó dichos postulados, aunque por razones jurídicas y no meramente naturalísticas supuestamente impuestas por la metodología ontológica, dependientes del concepto de injusto personal y del injusto de la acción. De esta manera, se conectó la punición de la existencia y regulación legal de la tentativa inidónea con la demanda inexorable del elemento subjetivo de las causales de justificación, como lo propone Figueiredo Dias (Sanz Morán, 1993, pp. 14, 18, 22 y 23).

En fin, el injusto se constituye en las teorías dualistas, dependiendo además de la tendencia subjetiva u objetiva que marcará el énfasis en la norma subjetiva de determinación o en la norma objetiva de valoración, según afirma acertadamente Mir Puig (2016) de conformidad:

La antijuridicidad penal (típica) se distingue de otras formas de antijuridicidad, en primer lugar, por exigir en principio un desvalor de resultado especialmente grave y/o peligroso: una lesión o puesta en peligro de un





Defensoría
del Pueblo
COLOMBIA

Modelos de injusto penal desde la perspectiva de las normas

objetiva de valoración y subjetiva de determinación

bien jurídico-penal en determinadas condiciones. Este resultado ha de ser, en segundo lugar, imputable a una conducta desvalorada por su peligrosidad (desvalor de la conducta) [...] El juicio de desvalor que permite la antijuridicidad penal, pese a ser objetivo en el sentido de expresar el carácter objetivamente indeseable para el Derecho penal de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, no es posible sin tener en cuenta el aspecto subjetivo del hecho (pp. 171 y 178).

2.1. Teorías dualistas con tendencia subjetiva (Norma subjetiva de determinación prevalente - Norma objetiva de valoración subordinada)

Ya aquí no se puede decir, como en las teorías monistas-subjetivas, según ya se advirtió, que poco o nada importa el tipo objetivo; por el contrario, el tipo subjetivo constituye ya la tipicidad en cuanto al poder fundante total que se otorga al peligro *ex ante* desde la mera perspectiva del autor. El juicio de adecuación típica se hace desde la representación del autor, tomada como dogma inamovible.

No obstante, pareciera que sí es imprescindible estudiar primero el tipo subjetivo y luego el tipo objetivo, trátase de una perspectiva *ex ante* exclusiva del autor o de una perspectiva *ex ante* valorada por un espectador objetivo. Allí se va de lo fundante a lo cofundante, pues este no se puede estudiar antes que el fundante, no tendría sentido lógico.

Dice Valle Muñoz (1994) que resulta necesario colocar al lado de la incidencia de la norma subjetiva de determinación en el ámbito del injusto la contención que comporta tener en cuenta los efectos de considerar la norma objetiva de valoración, toda vez que «el reconocimiento de la valoración junto al imperativo permite explicar de forma convincente la componente objetiva del injusto personal». «En efecto, la pertenencia del desvalor de resultado al injusto sólo puede ser razonablemente explicada a partir del nexo normológico entre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y la infracción de la norma penal», de manera que «la conducta antinormativa o injusto, por tanto, debe suponer la infracción de la norma en su doble consideración de juicio de valoración y regla de determinación» (pp. 33 y 34).

El conocimiento del autor, la representación de los hechos y la voluntad que le imprime dependen exclusiva y excluyentemente de una perspec-





tiva *ex ante* valorada desde la mente del propio autor, dicen los más drásticos subjetivistas. Los menos extremistas introducen una especie de corrección –para nuestros ordenamientos jurídicos un simple espejismo o carta marcada que desbalancea el juego de la tensión de garantías versus necesidades de preventivas– que demandan el juicio de un espectador objetivo con los mismos conocimientos y la representación del autor que tuvo *ex ante* (Moreno-Torres Herrera, 1999, pp. 91 y ss.). Es una especie de clonación mental para tratar de distinguir entre tentativa supersticiosa, irreal e inidónea para efectos de sentar los límites de cuál de todas o todas las anteriores son punibles, sin posibilidad alguna de excluir a todas.

Ello conlleva, necesariamente, que debe aceptarse la afirmación de Rodríguez Mourullo (1976) cuando estima que la «norma rectora del comportamiento humano no puede partir meramente de las circunstancias objetivas», sino también de las subjetivas, incluso, «sólo de las *conocidas* por el autor», toda vez que «no importa tanto la situación concreta tal cual realmente es, cuanto la misma según se presenta a los ojos del autor». Lo anterior viene impuesto por la consecuencia de la subjetivización del injusto, derivada necesaria e inexorablemente del concepto de injusto personal impuesto por Welzel a partir de las estructuras lógico-objetivas que, como es evidente, no amplían el campo de lo autorizado, sino que lo restringe (pp. 22, 23 y 26).

Lo subjetivo se impone en el finalismo, dado que se concibe al ordenamiento jurídico como una «fuerza espiritual configuradora de la vida del pueblo», poder espiritual que se ve lesionado por una voluntad que realiza acciones intolerables «para el ordenamiento jurídico como poder configurador de orden» (Suárez Montes, 1963, p. 19).

Por su parte, Moreno-Torres Herrera (1999) afirma que existe, prácticamente, unanimidad en la doctrina en la aceptación de la imprescindible presencia del desvalor de acción en la consideración del injusto, cuyos más extremistas postuladores son quienes representan las teorías monista-subjetivas del ilícito, pero el grueso de los autores le da cabida al desvalor de resultado con privilegio del desvalor de acción (p. 83).

He aquí sus diferentes manifestaciones, expresadas como las principales tendencias, puesto que en la realidad son incontables sus manifestaciones.





2.1.1. Teorías de la congruencia

Estas posiciones están caracterizadas por la existencia de un juego de simetrías inversas en cuanto a la fundamentación y la exclusión del injusto; es decir que aparece uno como la contracara del otro de una misma moneda, pero en una relación coherente que guarda cierta lógica con el punto de partida de la fundamentación cuando se trata de constituir la exclusión. Aunque en orillas diferentes, fundamentación del injusto y su exclusión guardan cierta consonancia que las hace coherentes en mayor o menor medida, pero donde se respetan líneas definitorias que hacen de cierta manera consistente lo que excluye el injusto con aquello que lo fundamenta.

2.1.1.1. Teoría de la congruencia equilibrada (Maurach)

Esta posición, con gran acogida, podría decirse que es en gran medida la esbozada por Hans Welzel y sus discípulos más cercanos, esto es, por aquellos que conformaban su primer anillo de defensa. Aquí la simetría y coherencia entre lo que fundamenta el injusto y lo que lo excluye guarda una mayor consonancia que en las posiciones que se tratan a continuación. Sin que ello implique trabajar con camisas de fuerza, son modelos ideales para tratar de explicar la discusión contemporánea del Derecho penal y dotar de un contenido mínimo las diferentes versiones que más se conocen sobre la teoría del injusto.

- a) Injusto personal - Desvalor de acción (Norma subjetiva de determinación).

Para Hans Welzel *«es misión del derecho penal la protección de los valores ético-sociales elementales del sentir (de acción), y sólo después, incluido en él, el amparo de los bienes jurídicos individuales»*. «Mediante la función ético-social del derecho penal, más amplia, se garantiza en forma más comprensiva e intensa el amparo de los bienes jurídicos, que con la mera idea del amparo de esos bienes. Los valores del acto de fidelidad, de obediencia, de respeto por la persona, etc., son de mayor aliento y llevan una mayor amplitud de miras que el mero amparo de bienes. No contemplan tan sólo el hoy o el mañana, sino lo duradero. La importancia de la utilidad o daño actual pasa a segundo término, ante la conquista duradera que encierra el pensamiento de los ciudadanos, siempre fiel al derecho». De allí que «la acción es antijurídica solamente como obra de un determinado autor, que, por su



contenido de voluntad, imprime su sello al hecho. Qué meta ha fijado finalmente el autor al hecho objetivo; desde qué punto de vista ha obrado; qué deberes le incumbieron; todo ello determina decisivamente lo injusto del hecho, juntamente con la eventual lesión de bienes jurídicos. Antijuricidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un determinado autor; injusto es la acción injusta “personal”, referida a su autor»⁵³⁻⁵⁴.

Toda razón asiste a Suárez Montes (1963) cuando dice que lo verdaderamente novedoso del finalismo no fue llevar el dolo al tipo, sino la concepción final del injusto con sus transformaciones radicales en el ámbito de la antijuridicidad: «antes de aceptar la doctrina final de la acción, preciso será haber aceptado previamente la doctrina final del injusto», lo que explica cómo la tentativa inidónea, tentativa irreal y demás tentativas tengan el mismo disvalor de acción y el mismo contenido de antijuridicidad, todo lo cual se replicará en el ámbito de las causales de justificación con el valor de acción. Son acciones típicas así: «a) las acciones (finales) que lesionan realmente un bien jurídico, y b) las acciones (finales) que sólo según la creencia del autor tienen ese efecto» (pp. 11, 15, 16 y 29).

Según Stratenwerth, las prohibiciones y mandatos, si se quiere ser consecuente con su entendimiento como *normas de conducta*, «necesitan, en ese sentido, una versión subjetiva». «Las normas de determinación presuponen lógicamente, por su parte, las normas de valoración. Constituyen las directrices que surgen del carácter de ilícito de la conducta, fijado por la norma de valoración [...] las normas de determinación son normas de valoración estructuradas en forma de imperativo», mismas que se entienden infringidas o contrariadas con «la tentativa acabada, sea ésta idónea, o no, y en los delitos imprudentes con la realización de la acción que aparece *ex ante* como peligrosa», puesto que el disvalor de acción no es otra cosa que «la acción contraria a la norma de determinación. Su extensión *completa*, ciertamente, solo se realiza, tal como ya se señaló, recién con la tentativa *acabada*» y, por tanto, la tentativa inidónea «no se diferencia en lo más mínimo de la tentativa idónea» (Stratenwerth, 2006, pp. 42, 43, 44 y 45).

⁵³ Welzel, 1956, pp. 5, 70.

⁵⁴ Críticamente en cuanto al contenido ético-social del Derecho penal (Stratenwerth, 2005, pp. 63 y 64).





El tipo subjetivo, salvo cuando se suman ingredientes subjetivos del tipo, implica que «toda acción consciente es llevada por la decisión de acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere –*el elemento intelectual*–, y la decisión de querer realizarlo –*el elemento volitivo*–. Ambos elementos juntos, como factores creadores de una acción real constituyen el dolo. La acción objetiva es la ejecución finalista del dolo». «Esta función finalista-objetiva del todo para el hecho, es siempre presumida en el derecho penal, cuando se define el dolo como conciencia del hecho y decisión del hecho. Con esta función, el dolo pertenece a la acción, porque distingue la estructura finalista de las acciones típicas dolosas, de la estructura solamente causal de producción de las acciones típicas culposas. Dolo es conocimiento y querer de la concreción del tipo» (Welzel, 1956, pp. 73 y 74.).

Pareciera que aquí se impusiera la teoría de la impresión para diferenciar la tentativa inidónea de la idónea, pues se requiere para la primera que, además de la dirección de la voluntad hacia la afectación de la norma, se precise un cierto desvalor de resultado *sui generis* y muy especial dentro del plan del autor: «*la aptitud de provocar en la comunidad la “impresión” de un perfecto ataque contra el ordenamiento jurídico*», lo que Maurach equipara con lo que sucede en los delitos de peligro abstracto (Serrano-Piedecabras Fernández, 2001, pp. 60 y 61).

De todos modos, en la doctrina se acuerda que la regulación legal de la punición de la tentativa inidónea conduce inexorablemente a «plantear la cuestión ulterior de si concurre también el elemento subjetivo de justificación correspondiente» (Sanz Morán, 1993, p. 61), lo que demuestra los requerimientos de consonancia entre aquello que fundamenta el injusto y aquello que lleva a su exclusión.

- b) Dolo, culpa y elementos subjetivos en el tipo subjetivo (Norma subjetiva de determinación).

La doctrina acuerda que «entender que el injusto supone, también, la violación de una regla de determinación tiene la consecuencia de dotar de relevancia a la parte subjetiva del comportamiento humano en el juicio de antijuridicidad», por lo que «el dolo y la culpa, en definitiva, forman parte del desvalor de acción y constituyen parte integrante del injusto». «Un Derecho penal teleológicamente orientado que admita entre sus fines la protección preventiva de bienes jurídicos, debe incluir en





el injusto la desvaloración de la parte subjetiva de la conducta» (Valle Muñiz, 1994, pp. 34 y 35).

Para los finalistas, «el contenido material de acción viene dado por la resolución de voluntad dirigido al hecho, es decir, el dolo» y, por ello, «el papel central que en la construcción del injusto debe asignarse a la dirección objetivo-final de la acción», sostiene Torío López (citado en Sanz Morán, 1993, p. 9).

La dogmática del dolo, según Valle Muñiz (1994), influirá «en el contenido que se asigna a los elementos subjetivos de las causas de justificación», muestra de la progresiva y hasta excesiva subjetivización del injusto (p. 79). Y tiene que ser así en lógica formal, donde se demanda que las diferentes proposiciones jurídicas tienen que guardar coherencia, pues si en el dolo que es el desvalor de acción se demanda para su estructuración un aspecto cognoscitivo y otro volitivo, también para el valor de acción, que debe neutralizar a aquel en la causal de justificación, se debe demandar un conocimiento y una voluntad de realización de los hechos justificantes (Sanz Morán, 1993, p. 28).

- c) Existe cierto equilibrio entre desvalor de acción y desvalor de resultado para la configuración del injusto.

Ese equilibrio se muestra en el juego de valores que demanda la relación entre tipicidad y antijuridicidad, pues la tipicidad expresa con el tipo objetivo «*en principio*» la presencia del desvalor de resultado, el cual de todos modos aparece como contingente, y el tipo subjetivo, por su parte, expresa el desvalor de acción que tiene presencia «*por principio*», y no puede faltar, dado que este es el juicio fundante del injusto y el primero es el de carácter cofundante; por lo tanto, la adecuación típica que marca la congruencia del tipo objetivo y del subjetivo indicia provisionalmente la antijuridicidad como antinormatividad, en tanto se trabaja con la idea de *ratio cognoscendi*. No obstante, todavía la tipicidad, por supuesto, «no está en condiciones de pronunciar un juicio definitivo sobre la antijuridicidad de la misma», por lo que se requiere un adicional juicio de valor –*antijuridicidad*–, donde «la carga valorativa presente en la conducta típica es sometida a una valoración mucho más amplia», frente a «todo el esquema axiológico del ordenamiento jurídico en su conjunto» que aportan las causales de justificación. Así, entonces,





es pertinente señalar que para la constitución del injusto penal «significa que la desvaloración presente en la tipicidad no ha sido compensada por la presencia de intereses o valores de naturaleza justificante» (Valle Muñiz, 1994, pp. 33 y 34).

Se dice que «el tipo propiamente dicho no está en condiciones, por sí solo, de establecer en forma terminante las características de lo injusto material. En consecuencia, la conducta típica debe ser medida, dentro de una especial graduación de valores, frente al ordenamiento jurídico total y estar sometida a un control adicional. Sólo en la graduación de valores de la “antijuridicidad” se decide definitivamente si el hecho es “conforme a derecho” o “antijurídico”». «Frente a los tipos de lo injusto se hallan los llamados tipos permisivos que consienten, con carácter de excepción, una conducta lesionadora de bienes jurídicos (Lenckner, antes del § 32). Los principios permisivos, revestidos de causas de justificación, impiden, si intervienen, que la prohibición general se concrete en un deber jurídico; la conducta justificada sigue siendo “típica”, pero no contiene una lesión del deber jurídico» (Wessels, 1980, pp. 81 y 82).

Las causales de justificación presentan un componente objetivo que da cuenta de la presencia del *valor de resultado* al comprobarse la existencia de los requisitos objetivos-externos y otro subjetivo que da cuenta del *valor de acción* representado por el conocimiento de los hechos constitutivos de la justificante y la voluntad de su realización por parte del agente.

El valor de resultado de la causal de justificación neutraliza al desvalor de resultado del tipo objetivo y el valor de acción neutraliza al desvalor de la acción del tipo subjetivo. Si está comprobado el *valor de resultado*, pero falta uno de los dos componentes del *valor de acción* o los dos, no opera la causal de justificación por imperio de la noción de injusto personal-subjetivo y se calificará la conducta como antijurídica de manera definitiva, en su correspondiente modalidad de consumación. Por supuesto, si el delito en el ámbito del tipo se quedó en tentativa, la calificación de antijurídica de la conducta lo será por tal injusto subjetivo.

Allí, como dice Valle Muñiz (1994), «las causas de justificación impiden la afirmación del injusto penal, esto es, enervan la desvaloración del injusto típico, porque su mantenimiento comportaría más daño que beneficio en el juicio global a que debe responder la intervención punitiva»; es decir,



«la justificación impide la aparición del injusto penal sobre la base, sencillamente, de la tutela de las libertades, o, de forma más precisa, de aquellos intereses que mejor posibilitan el ejercicio de las libertades individuales del ciudadano». Es importante resaltar que el ordenamiento jurídico no solo en no pocas ocasiones «autoriza el comportamiento típico», sino que también lo impone a través de los mandatos de actuar (pp. 54 y 55).

Así, tendremos un injusto típico que deberá «seguir mereciendo la desaprobación del Derecho penal tras ser examinado a la luz de todos los intereses y contraintereses presentes en la situación concreta» (*Ibidem*, p. 52).

d) Problemas cuando no se obtiene el resultado salvador: **¿Tentativa de justificación?**

Para solucionar esta problemática de la tentativa de justificación por la falta de *valor de resultado* con presencia de todos los demás requisitos objetivos de la justificante que enerve el desvalor de resultado del tipo objetivo, se ha dicho, también como algo similar a lo que ocurre con el examen *ex ante* de la peligrosidad de la acción típica —*todavía no presente el juicio ex post sobre el peligro concreto*—, que el examen de la causal de justificación debe efectuarse *ex ante*: «estructura *ex ante* del análisis de las causas de justificación», lo que viene impuesto, según Valle Muñiz (1994), por la función político-criminal de las mismas, esto es, la que «condiciona su contemplación *ex ante*»:

Finalmente se reconoce que la exigencia subjetiva hunde sus raíces en la estructura *ex ante* de la justificación. Es decir, como ya sabemos, en la justificación no se trata de valorar el resultado posterior (“*ex post*”) con relación a la lesividad de la conducta típica, sino de valorar las posibilidades de salvación de intereses generadas por ésta en el momento de llevarse a cabo (“*ex ante*”), de tal forma que las mismas sean consideradas como preponderantes, frente a la peligrosidad que aquella (la conducta típica) genera (p. 66).

Se acuerda que cuando se tiene el conocimiento y el propósito de actuar al amparo de una causal de justificación, pero el valor de resultado no es finalmente obtenido, «la adopción de un criterio estructural *ex ante* en materia de justificación» (*Ibidem*, p. 10) es suficiente para dar por cumplido con el elemento objetivo de la justificante, muy a pesar de la inexistencia de un «valor de resultado».





- e) Se acepta que todas las causales de justificación demandan elementos subjetivos.

Lo anterior es obvio si se tiene en cuenta que, como dice Stratenwerth (2006), el «aspecto subjetivo de la causa de justificación neutraliza el desvalor de acción» del tipo subjetivo (pp. 66 y 67).

Valle Muñiz (1994) es contundente en señalar que «como es sabido, común a todos los finalistas es, a partir de la configuración de un injusto personal, exigir la presencia de elementos subjetivos para la aplicación de una causa de justificación y, por tanto, descartar la tesis de la impunidad en su ausencia. Ello es coherente con una visión paralela entre la estructura de la fundamentación y la exclusión del injusto», entre lo objetivo y lo subjetivo, lo que Maurach ha denominado teoría de la congruencia, a quien cita cuando afirma que «si el autor no conoce un elemento subjetivo de justificación existente en realidad, cometerá un *hecho consumado antijurídico* [...] La antijuridicidad subsiste desde el momento en que tan solo la congruencia entre las causas de justificación subjetivas y objetivas, esto es, el actuar justo basado en la correspondiente voluntad, puede desvirtuar el indicio derivado del tipo». Lo contrario sería tanto como «valorar positivamente la producción de resultados [*valor de resultado con la presencia del elemento objetivo de la justificante*] que están sólo amparados de un modo objetivo y casual en una causa de justificación –*Cerezo Mir*– [...] siendo el fundamento del injusto el desvalor de acción, sólo el valor de acción podrá excluirlo», toda vez que «la mera presencia objetiva de la causal de justificación carece también de la conexión final precisa para desvirtuar la pena de la consumación», es decir, en palabras de Zieliski, «la justificación meramente objetiva es, bajo todo punto de vista, jurídicamente irrelevante» (pp. 98 y ss.).

Bacigalupo (1999) opina que «la exigencia de que el que se defiende haya obrado conociendo las circunstancias de la agresión ilegítima de la que era objeto y con intención de defenderse (*animus defendendi*) puede considerarse hoy opinión dominante» (p. 371)⁵⁵ Dice Wessels (1980) que «si el

55 «Puesto que los elementos subjetivos de la justificación constituyen la contrapartida de los elementos subjetivos del tipo, queda confirmado que, en el ámbito de los delitos dolosos, forman parte de toda causa de justificación. No existe allí exclusión plena del ilícito, sólo en virtud de circunstancias objetivas desconocidas por el autor», aunque ello se predica del conocimiento y no así también sobre la voluntad o motivación de actuar de conformidad (Stratenwerth, 2005, pp. 263 y ss.).





autor realiza el tipo legal sin haber reconocido que existía objetivamente una situación justificante, su conducta es “antijurídica”, porque tan sólo la congruencia plena de los presupuestos justificantes objetivos y subjetivos da lugar a la exclusión de lo injusto» (p. 83).

En la última versión traducida de Stratenwerth se reclaman en pleno los ingredientes conformantes del elemento subjetivo de la justificante:

[...] el autor tiene que actuar con conocimiento de la situación objetiva de necesidad, así como saber que su comportamiento sirve para conjurar el peligro. A este elemento cognitivo hay que agregar, de acuerdo con un parecer acertado y predominante, una voluntad de salvación, como claramente puede extraerse del texto del § 34 (“para [...] impedir”). Es irrelevante si junto a la voluntad de salvación existen otros motivos (denominado haz de motivos) (Wessels *et al.*, 2018, pp. 205 y ss. y 232).

Para Welzel (1956), «la antijuricidad puede ser averiguada mediante un procedimiento negativo, a saber, estableciendo que no existen fundamentos de justificación, como defensa legítima, autoayuda, consentimiento, etc.». Ello implica, *ab initio*, que el injusto está altamente formalizado como infracción de deberes, donde se tienen en cuenta aspectos objetivos-externos, pero fundamentalmente personales-subjetivos, en cuanto y tanto el elemento fundante es el desvalor de acción y solo el desvalor de resultado tiene un valor cofundamentador (p. 86).

Así mismo, destaca la demanda de los elementos subjetivos de las justificantes, pues anota que «acción de defensa es la realizada para el fin de la defensa. Quien se defiende debe tener la voluntad de defensa», de allí que «no hay defensa legítima si el autor quiso lesionar y con ello, sin tener la idea, rechaza la agresión de otro», puesto que «injusto es injusto personal, es decir, le es esencial la relación con el autor». «Por eso pertenece a la autoría en general el dominio finalista del hecho (como elemento general de lo injusto personal de los tipos dolosos); a él se agregan, en muchos casos, como elementos específicos de autoría, las características objetivas y subjetivas personales de lo injusto» (*Ibidem*, pp. 92, 93, 103, 105).

Dogmáticamente, por razones de congruencia, si en la tipicidad concurren un desvalor de resultado y un desvalor de acción, una especie de





simetría inversa en torno a la fundamentación del injusto y exclusión del mismo, correspondientemente indica que las causas de justificación deben portar un *valor de resultado* representado en la presencia del elemento objetivo de la causal de justificación y el *valor de acción* representado con la presencia del elemento subjetivo de la misma, con el fin de neutralizar a los primeros.

También se manifiesta que esta imposición viene dada por la función político-criminal de las causas de justificación, esto es, «la absoluta necesidad de elementos subjetivos en las disposiciones permisivas» (Valle Muñiz, 1994, p. 57).

En términos generales, se afirma la exigencia del elemento subjetivo de la justificante desde varias aristas (*Ibidem*, pp. 61, 81 y 82): *i*) concepción objetivo-material de la antijuridicidad⁵⁶; *ii*) utilización de ciertas palabras

56 En este evento, la solución está dada por la vía de impunidad, pues si falta el elemento subjetivo de la causal de justificación en el ejemplo del policía del próximo pie de página, es claro que «persiste un desvalor de acción (porque no se obró en cumplimiento de un deber) pero no concurre ningún desvalor de resultado (porque, sin saberlo, se cumplió efectivamente un deber). Para quienes consideran que el injusto de la tentativa se integra sólo por el primero, esta solución resulta coherente. No tanto para quienes consideren que el principio constitucional de lesividad sólo permite castigar conductas en las que concurren conjuntamente un desvalor de acción y un desvalor de resultado. De acuerdo con ese planteamiento, la tentativa sólo será punible si integra ambos desvalores y no sólo el primero. Siendo así, la falta de desvalor de acción en los casos de ausencia del elemento subjetivo de la justificación sólo pueden resolverse de una manera: con la impunidad. Aunque a primera vista esta solución puede parecer insatisfactoria, habría que recordar que ese policía, aún sin saberlo, cumplió efectivamente con su deber, y que el Ordenamiento jurídico no puede castigar a quien lo hace, independientemente de su maldad o de los motivos que le impulsaran a ello. La catadura moral del autor no puede, por sí sola, convertir en ilícito un acto que el Derecho quiere; tan sólo podrá afectar a la valoración ética de esa persona, asunto distinto y que debe quedar relegado fuera del Derecho penal. La insatisfacción que ello pueda producir se ve compensada con creces si se tiene en cuenta que los principios político-criminales que rigen el sistema no pueden sufrir distorsiones siempre que obliguen a adoptar soluciones que parezcan insatisfactorias, ya que su elusión provocaría un mal todavía mayor: la desfiguración de los cimientos de ese mismo sistema y su consiguiente transformación en un espacio tópico regido por la intuición o el sentimentalismo» (Berdugo Gómez de la Torre *et al.*, 2004, p. 286).





—*frases finales*— por parte del legislador en la contemplación, redacción y definición de las causales de justificación (*por ejemplo, “en”, “para”, “impulsado”, “obrar en defensa”*); *iii*) por virtud de una concepción final del ilícito⁵⁷; *iv*) en razón del concepto personal-subjetivo del injusto; y, *v*) por el reconocimiento de la función de motivación de la norma⁵⁸.

Muñoz Conde y García Arán (2010), que son partidarios de la teoría de la motivación, a partir de ella —*también del juego desvalor de resultado y desvalor de acción*— afirman:

Para la justificación de una acción no es suficiente, por tanto, que el autor alcance un resultado objetivamente lícito, sino que es preciso, además, que haya actuado acogiendo en su voluntad la consecución de ese resultado. No actúa, por ejemplo, en legítima defensa quien mata por venganza a otro sin saber que la víctima estaba esperándolo precisamente para matarlo; la exclusión de la legítima defensa en este caso no se debe a que se mate por venganza, sino a que el autor no sabía subjetivamente que estaba

57 «Al definir algunas causas de justificación, el Legislador se sirve de expresiones que indican la necesidad de que el autor obre con un determinado ánimo para que su conducta resulte justificada. Así, se reconoce en el Código Penal español al exigir que el sujeto obre “en defensa de”, “para evitar un mal” o “en cumplimiento de un deber”. No basta, pues, con que la conducta externa cumpla con los requisitos legales sino que el Juez debe indagar si el autor realizó el hecho a raíz del presupuesto de la justificación o por un motivo distinto. Esto último ocurriría, por ejemplo, si dicho sujeto disparó a la víctima sin haber advertido que esta persona había dispuesto todo para atacarle de manera inminente. Un hecho así, desde el punto de vista objetivo, cumpliría cabalmente con la exigencia de impedir una agresión, pero el autor habría obrado desconociendo la inminencia de ésta. Lo mismo podría decirse del policía que emplea los medios coactivos necesarios para detener a un enemigo personal sin conocer que existe en realidad una orden de busca y captura sobre esa persona. La oportunidad de la detención no permite decir que el policía obrara en cumplimiento de un deber sino más bien en venganza por rencillas personales» (*Ibidem*, p. 284).

58 «El Derecho penal no es sólo un instrumento de protección de bienes jurídicos (también el Servicio de Bomberos o la Cruz Roja lo son), sino un instrumento de motivación del comportamiento humano en sociedad. Para conseguir la protección de bienes jurídicos que la norma penal persigue, se desencadenan en los individuos determinados procesos psicológicos que les inducen a respetar dichos bienes jurídicos. Estos mecanismos psicológicos no se presentan aislados, sino formando parte de un complejo proceso llamado “motivación”» (Muñoz Conde & García Arán, 2010, pp. 61 y ss.).





defendiéndose de la agresión de la víctima. El elemento subjetivo de justificación no exige, por tanto, que los móviles del que actúa justificadamente sean valiosos, sino simplemente que el autor sepa y tenga la voluntad de actuar de un modo autorizado o permitido jurídicamente. Así, por ejemplo, un funcionario de prisiones puede ejercer su profesión porque es un sádico y disfruta con el dolor ajeno pero, en la medida en que actúe dentro de los límites legales y sepa y quiera actuar dentro de esos límites, actúa justificadamente. Lo mismo sucede en las demás causas de justificación. No se trata aquí en absoluto de valorar los motivos e intenciones últimas del acusado, sino de probar, simplemente, que conoce la situación objetiva justificante y que actúa voluntariamente dentro de los límites autorizados (pp. 303 y ss.).

De todos modos, es claro que existe una correlación ineludible entre el injusto final, el injusto personal subjetivo y la función motivadora de la norma jurídico-penal, pues todas tienen elementos comunes que las aproximan y hasta las unen en su origen y desarrollo. De allí que Valle Muñiz (1994) afirme que «a partir del reconocimiento de la naturaleza imperativa de la norma penal primaria, se produce una mayoritaria asunción del concepto personal del injusto», por lo que «norma de determinación, injusto personal y relevancia del elemento subjetivo en las causas de justificación, aparecen como una ecuación difícilmente cuestionable». «Desde la dogmática finalista, o, cuando menos, desde su desarrollo más coherente, el elemento subjetivo de justificación requiere la intención o la finalidad, esto es, una dirección de la voluntad inequívocamente dirigida a alcanzar el tipo que legitima la realización del comportamiento típico. De esta forma, el conocimiento del presupuesto objetivo de la justificación no es más que un presupuesto de la *finalidad*», por lo tanto, la causa de justificación precisa de un «momento final» (pp. 70, 71 y 80).

También Sanz Morán (1993) es partidario de una visión que mira la incidencia de varios factores en el desembocar del injusto subjetivo:

La vinculación, en un primer momento, del injusto personal con el concepto final de acción y la sobrevaloración, más tarde, del carácter imperativo de la norma, condujeron a la identificación del desvalor de acción con el desvalor de la intención; esto es, a la consideración prioritaria –a veces, exclusiva– de los aspectos subjetivo-finales de la conducta (p. 7).

- f) Son necesarios para la estructuración del elemento subjetivo los particulares conocimientos y cierta tendencia en el obrar. De faltar alguno, el injusto es consumado. Injusto personal subjetivo.





Señala Mir Puig (2016) que «como toda causa de justificación, la legítima defensa requiere el elemento subjetivo de justificación consistente en el conocer y querer los presupuestos objetivos de la situación. El sujeto debe saber que se defiende de una agresión ilegítima»; sin embargo, ese conocimiento solo recae sobre los hechos constitutivos de la justificante y no reclaman una tendencia diferente, puesto que «no es preciso, además, que guíe al sujeto el ánimo de defensa», lo que también rige para el estado de necesidad (pp. 455 y 479).

No son pocos los que afirman que, dada la solución por la vía del error de prohibición sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación, donde a nivel del examen de la antijuridicidad se descarta la presencia del elemento objetivo de la justificante —*«se confirma el desvalor de resultado, presente en el tipo objetivo»*—, pero sí se encuentra presente el valor de acción resultante de la constatación de creer convincentemente actuar justificadamente y querer hacerlo con la hipotética causal subjetiva de la justificante. Si el finalismo fuera del todo coherente, debería admitir la inexistencia de la antijuridicidad y, por supuesto, del injusto, teniendo en cuenta que el desvalor de acción del tipo quedaría neutralizado por el valor de acción del creer actuar del agente del tipo conforme a la convicción de encontrarse al amparo de una justificante; por tanto, perviviría solo el desvalor del resultado en el injusto que resulta incompatible con una visión del injusto personal-subjetivo del ilícito final.

Así lo reconoce Valle Muñiz (1994), desde la óptica del finalismo ortodoxo y su teoría estricta de la culpabilidad, «dado que el error inverso sobre la antijuridicidad, en puridad dogmática welzeliana, conduce a un delito ideal o putativo impune, no puede ser otra la solución para los supuestos en que se actúe la real existencia de los presupuestos objetivos justificantes, modalidad, desde el finalismo, de error inverso de prohibición (esto es, de la falsa creencia de los elementos objetivos de la permisón)», lo que se constituiría en un *«error de prohibición al revés»* (pp. 95 y 96). Ya antaño lo criticaba Suárez Montes (1963) como una aporía del finalismo, algo que rompía su propia sistemática, «pues la decisión en orden a si hay o no una acción antijurídica se hace depender de algo que no pertenece necesariamente a la estructura final. Dicho con otras palabras: mientras la antijuridicidad de la acción es completamente independiente de la producción de la lesión del bien, se hace en cambio





depender la justificación de la producción real de un resultado exterior positivo, a saber, evitación del ataque, etc.» (p. 38).

Cohherentemente con un concepto de injusto personal subjetivo también, en el ámbito de los delitos culposos, los finalistas demandaron elementos subjetivos de justificación, muy a pesar de que ello resultaba tremenda contradicción, pues el tipo culposo en la ortodoxia welzeliana no tenía tipo subjetivo. Se siguió, sin mayor discusión, la afirmación de Werner Niese según la cual el desvalor de acción en los delitos culposos está dado por la infracción al deber objetivo de cuidado (Struensee, 1987, pp. 423 a 450).

- g) Accesoriedad mínima en la responsabilidad de los partícipes. Autoría mediata.

Son actos de participación la intervención de un determinador o un cómplice en la «comisión del hecho principal» por parte de un autor, para quien basta, en cuanto a vincular al partícipe, que cometa conducta típica y se encuentre así en la llamada accesoriedad limitada (Welzel, 1956, pp. 117, 118 y ss); sin embargo, parece que ello no se ajusta del todo a un concepto de injusto personal, sino más bien es compatible con una accesoriedad mínima.

Muy seguramente el salto de la accesoriedad extrema a la mínima resultaba muy pronunciado, pues existía una muy arraigada tradición que solo se quebró por una reforma normativa de 1943, cuando se instituyó por ley la accesoriedad limitada.

Sin embargo, se constata, que por la gran e inmensa mayoría de los autores no se admite la accesoriedad mínima sino la limitada, que se encuentra legalmente reconocida en Alemania desde 1943 y es ratificada por el Código Penal de 1975 (Roxin, 2003, pp. 204 y ss.). Fue un neoclásico quien postuló la necesidad del giro de la accesoriedad extrema hacia la accesoriedad limitada (Mayer, 2007, p. 509).

Por ejemplo, Mir Puig (2016) señala sobre el punto:

El fundamento del castigo de la participación conduce, como se ve, al principio supremo de la teoría de la participación: el principio de accesoriedad limitada de la participación. Significa, por una parte, que la participación es accesoria respecto del hecho del autor, pero también, por otra parte, que





depende de éste hasta cierto punto: basta que el hecho del autor sea contrario a Derecho (antijurídico). No es preciso que además sea personalmente imputable al autor (o como suele decirse: no es preciso que el autor sea «culpable»). Se descarta así la teoría de la accesoriedad máxima. Mas también se rechaza la teoría de la accesoriedad mínima, según la cual bastaría que el hecho del autor realizase el tipo de un delito, aunque estuviera justificado (p. 412).

h) La tentativa inidónea es fácilmente explicable.

Creemos que esta es la postura adecuada en el ámbito del finalismo y no la afirmada por Sanz Morán (1993), según la cual «el injusto de la tentativa inidónea se transforma, de fenómeno excepcional, en verdadero paradigma del injusto penal» (p. 1). Esta afirmación solo calificaría realmente para aquellas doctrinas que reducen el resultado a una condición objetiva de punibilidad, tal cual sucede con Armin Kaufmann y, muy cercanamente, con Dietrich Zieliski, para quienes el resultado no se encuentra integrado a la estructura de la responsabilidad penal, esto es, ni a la tipicidad, ni a la antijuridicidad ni a la culpabilidad, puesto que solo es un referente punitivo para agravar o atenuar la medida de la pena.

i) Desvalor de resultado – Valor de acción en el ámbito de la causal de justificación conduce a un error de prohibición.

Se trata, por ejemplo, de lo que sucede con respecto a un error sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación donde el sujeto cree que se encuentra ante los elementos objetivos de la causal, pero ello solo tiene ocurrencia en su consciencia. Desde el punto de vista subjetivo, muy a pesar de que la realidad es otra, cree erróneamente encontrarse cumpliendo con lo dispuesto por la justificante.

En tales eventos, por supuesto, al faltar el valor de resultado representado por el elemento objetivo de la causal de justificación, se confirma el desvalor de resultado del tipo objetivo y consecuentemente –*aunque ni mucho, por las versiones críticas ya vistas*–, la conducta es típica y antijurídica, por lo que se debe estudiar la relevancia de lo sucedido en la culpabilidad en sede del error de prohibición.

j) Problemas con inimputables.

Aplica lo dicho en *infra* 1.2., salvo lo afirmado para el Derecho penal del enemigo.





- k) Delitos de peligro presunto, proposición y concierto para delinquir (acuerdo para cometer un delito).

Aplica lo dicho en *infra* 1.2.

- l) Preponderancia de lo subjetivo en el desistimiento frustrado.

Aplica lo dicho en *infra* 1.2.

- m) También aquí tendrían cabida los sistemas penales que manejan un sistema de ***numerus clausus*** en materia de imputación a título de tentativa.

Aquí, como en el punto 1.1.1., nos encontraremos ante una potenciación del injusto objetivo cuando los sistemas legales consagran, como es de regular ocurrencia en Alemania y España, cláusulas cerradas de operatividad de la tentativa, pues no todos los hechos punibles admiten tentativa, sino que se dispone expresa y taxativamente cuáles sí la permiten. En cierta forma, pierde presencia la manifestación de un injusto subjetivo.

Así, por ejemplo, en Alemania el artículo 23 del Código Penal determina que la tentativa solo es punible en los delitos graves, pero no sucede así en los delitos menos graves, pues para ello debe decir expresamente en la ley lo referente a la punibilidad.

2.1.1.2. Teoría de la congruencia desequilibrada (Armin Kaufmann)

- a) Injusto personal – Desvalor de acción (Norma subjetiva de determinación).

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.

Kaufmann entiende que el Derecho, y particularmente el Derecho penal, tiene un «poder de conformación de la realidad» a partir de valoraciones (citado por Moreno-Torres Herrera, 1999, pp. 367 y 68). De conformidad con ello, adjudica a la norma de conducta un poder de dirección de la acción de sus destinatarios, con el fin de obtener de ellos un comportamiento acorde con el orden jurídico.





El fundamento del injusto en Kaufmann parte de la teoría de las normas. Señala que la norma está conectada con un valor en su producción —*norma de valoración*—, pero ya una vez instituida funciona como una norma subjetiva de determinación, en tanto la vista en los bienes jurídicos muta en deber, el cual está dirigido a la capacidad del sujeto para abstenerse de actuar o para actuar según la prohibición o mandato, como motivación para actuar, en tanto su objeto son las acciones finales y no la obtención de resultados de los destinatarios del deber. El momento del surgimiento del deber, su transformación de abstracto en concreto, es el presupuesto del deber y, por supuesto, el punto preciso de la transformación o concreción de la «norma en deber», esto es, la norma se dirige a esa capacidad del hombre quien entonces resulta obligado por ella (Cfr. Pessoa, 2007, pp. 122 y ss.).

- b) Dolo, culpa y elementos subjetivos en el tipo subjetivo (Norma subjetiva de determinación).

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.

El dolo para Kaufmann está ya presente recién se ejecuta la conducta sin esperar el resultado. Allí es donde queda completo el injusto sin necesidad de la producción de este, aunque se afirma que ello no invalida la importancia del bien jurídico. La perspectiva aplicable y correcta es la *ex ante*, toda vez que «la responsabilidad penal en esta forma jurídica de organización —*Estado de Derecho*— sólo puede construirse teniendo en cuenta la capacidad intelectual y volitiva que se expresa en la conducta humana». Sin duda, tal momento preciso lo constituye aquel «desde que comienza la ejecución, la decisión de actuar», por lo que en ello no incide para nada la causación y verificación *ex post* de cursos causales, puesto que «el grado de desvalor jurídico se determina exclusivamente teniendo en cuenta factores de la propia conducta (dolo y ejecución del dolo), sin consideración de elementos extraños a la misma» (*Ibidem*, pp. 226 y ss.).

Todo el desvalor de acción posible está expresado ya en la tentativa acabada, lo que no aumenta el injusto ni agrava la pena con el resultado. Este último solo cumple un papel de moderador de la necesidad de pena, por lo que la tentativa inacabada seguirá la pendiente descendiente en el desvalor de acción, en cuya cima se encontrará la tentativa inidónea, todo contado a partir de la valoración que implica el plan del autor y su examen *ex ante* (*Ibidem*, pp. 368 y ss.).



c) *Se rompe el equilibrio entre desvalor de acción y desvalor de resultado para la configuración del injusto.*

El juicio de peligrosidad de la conducta para establecer la tentativa, especialmente para la inidónea, es de naturaleza previa o *ex ante* al advenimiento del resultado o perspectiva *ex post*. Esto es, «la conducta se valora teniendo en cuenta el momento anterior a su ejecución; no es enjuiciada con posterioridad a su producción, considerando lo que ha sucedido. Lo que se valora *ex ante* es el plan concreto del autor, sus conocimientos, sus representaciones, su programa de acción»: «[...] *el juez se debe colocar imaginariamente en el lugar del autor, antes del hecho (ex ante), teniendo en cuenta el plan concreto de éste que ya es conocido por él*» (*Ibidem*, pp. 413 y ss.).

Allí también, como es de suponerse, estriba la apreciación de las tentativas inacabada y acabada dependientes del plan concebido por el autor. El dolo, igualmente, se construye a partir de una perspectiva *ex ante*, que tiene en cuenta el momento del comienzo de la ejecución y, por ello, todas las categorías dogmáticas se rigen por el criterio acerca de que «la conducta es vista [...] en el momento en que el autor toma la decisión de la ejecución de la acción y no después de haber realizado la conducta», dado que la prohibición no se realiza frente a un acto ejecutado o en vías de su realización, ya que se concreta «antes del acto», en el cual, por supuesto, «se exterioriza lo que el hombre ha pensado y querido o podido representarse y controlar volitivamente» (*Ibidem*, pp. 286, 448 y ss.). De esta última expresión, se desprende que todo el desvalor de acción casi que coincide con el acto mismo, cuando se activa la capacidad de acción.

Por supuesto, ello resulta obvio, pues, como se anotó, el resultado no hace parte de la estructura de la responsabilidad, sino que opera como criterio de selección y/o medición de la pena o para el establecimiento de la necesidad de pena, es decir, como condición objetiva de punibilidad.

Es claro que, para Kaufmann, el resultado entendido en términos materiales como efecto en el mundo físico o en los jurídicos como puesta en peligro o lesión del bien jurídico «no fundamenta ni aumenta el grado de injusto». Así, el «injusto reside exclusivamente en la conducta» (*Ibidem*, pp. 204 y ss.).





d) Todas las causales de justificación demandan elementos subjetivos.

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1., incluso respecto de la exigencia de los elementos subjetivos de la justificante en el ámbito de los delitos culposos.

e) Problemas cuando no se obtiene el resultado salvador: **¿Tentativa de justificación?**

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.

f) Son necesarios para la estructuración del elemento subjetivo los particulares conocimientos **y se exigen motivos determinantes o móviles especiales**. De faltar alguno, el injusto es consumado.

Implicaría entender que el elemento subjetivo de la justificante en términos normales equivale al dolo, incluidos sus aspectos de conocimiento y voluntad; pero así como además del desvalor de intención, el dolo puede ir acompañado de ingredientes subjetivos adicionales diferentes a él. Se sumarían al mismo un móvil o motivo (Sanz Morán, 1993, pp. 34) que profundizaría la subjetivización del injusto, amén de que ya de por sí la extracción del *desvalor-valor de resultado* que se hace pertenecer a una condición objetiva de punibilidad *per se* lo exacerba.

Para Stratenwerth (2005), en Alemania,

[...] la jurisprudencia exigía antiguamente, de forma adicional, una *constatación conforme a deber* de los presupuestos objetivos del estado de necesidad por parte del autor. Por consiguiente, visto estrictamente, sería posible, por ejemplo, sancionar a quien, en una situación de estado de necesidad, si bien ha elegido el medio relativamente más benigno para evitar el peligro desde la perspectiva de un observador objetivamente experto, sin embargo, ha omitido constatar con anterioridad la existencia de posibles alternativas (pp. 263 y ss).

En esa misma línea, Roxin (1997) afirmó:

La jurisprudencia antigua, no abandonada hasta hoy, parte de la base de que, en algunas causas de justificación, la justificación exige un examen conforme a deber por parte de quien actúa de las circunstancias que las fundamentan. Ello regiría para el estado de necesidad justificante, para la salvaguarda de intereses legítimos (§ 193) y para distintos derechos relacionados con el ejercicio del cargo (p. 591).





La doctrina reaccionó en contra de estas afirmaciones y expresó que «no parece exagerado, otorgar eficacia justificante a la acción de un sujeto que por medios adecuados salva conscientemente un interés claramente superior, aun cuando a ello lo anime un móvil diverso al estricto de salvación»; por consiguiente, exigencias de móviles especiales o ánimo determinado para la procedencia del reconocimiento de una causal de justificación desdibujan los límites de la intervención penal y ponen en cuestión la separación necesaria entre derecho y moral, replicando una «actitud interna» que va más allá de la simetría con el dolo, el cual solo puede ser concebido como finalidad y no con agregados de «otras motivaciones trascendentes» (Valle Muñiz, 1994, p. 83 y 84).

Lo que se requiere es el equivalente, pero inversamente al dolo y no motivaciones especiales, puesto que «la mayoría de la doctrina considera que basta aquí con un conocimiento y una voluntad similar a los requeridos para el dolo y no tan exigente como si se tratara de un elemento subjetivo del tipo (como el ánimo de lucro, por ejemplo)» (Berdugo Gómez de la Torre, 2004, p. 285). De todos modos, una simetría con los ingredientes subjetivos del tipo sería lo consecuente con un injusto extremado a lo subjetivo.

Podría afirmarse que la exigencia de un elemento subjetivo adicional al conocimiento de los hechos justificantes y la voluntad de realizarlos como componentes de aquella resulta extraña. De tan particular intención (*absicht*) da cuenta Sanz Morán y diríamos que tiene que ver con la afirmación de Noll, según la cual, se requiere la «voluntad de obrar conforme a derecho» (Sanz Morán, 1993, pp. 30 y 31).

Aquí tendría también cabida otra teoría que implica una ampliación de la punición cuando están en juego causales de justificación, en caso de que estas tengan la conformidad simétrica con los tipos penales llamados como imbuidos de un desvalor de acción en el marco de los tipos mutilados de dos actos, que dan origen a las causales de justificación «*mutiladas de dos actos*». Para definirlas, Sanz Morán (1993) cita a Lencner, quien indica que son aquellas en donde «*el fin en cuya virtud se autoriza la lesión del bien jurídico no puede ser alcanzado por el hecho mismo, sino sólo por acciones ulteriores*» de tal manera que la realización del primer acto debe ir necesariamente acompañada de llevar a cabo el segundo para que pueda entrar en juego la causa de justificación correspondien-





te». En tales causales de justificación mutiladas de dos actos, simétricamente a lo que sucede en los tipos penales con la misma particularidad, pero a la inversa, «el legislador vincula la justificación a la presencia de una finalidad particular —*diversa del elemento subjetivo de justificación general*—, si falta ésta, el hecho debe castigarse como delito consumado; bien por falta del elemento subjetivo de justificación particular o específico, bien por entender que ni siquiera estarían presentes entonces todos los presupuestos objetivos de la justificación» (pp. 49 y 51).

Alicia Gil Gil (2002) trata con profundidad y amplitud el tema. Ella señala que algunas causas de justificación demandan, además del conocimiento y voluntad de realizar los hechos justificantes, un adicional componente subjetivo —«*elementos subjetivos de justificación [...] incompatibles con una concepción objetiva del injusto*»—, que implica que se adelante el efecto liberador de la causal a un estadio previo al del efecto salvador o valor de resultado. En su prólogo, Cerezo Mir reconoce la pérdida de importancia que lleva la teoría para la consideración del valor de resultado en la estructuración de las causas de justificación, hasta el punto de señalar que «los elementos objetivos de las causas de justificación no representan el valor de resultado de las mismas», puesto que en las causas de justificación conocidas como de resultado cortado o mutiladas de dos actos «se adelanta el efecto justificante a un momento previo a la producción del resultado valioso», habida cuenta de que el resultado salvador «queda ya fuera del tipo de la causa de justificación», con clara incongruencia entre el tipo permisivo objetivo y subjetivo, lo que resulta más coherente con un concepto personal del injusto en cuanto «el valor de resultado no puede constituirse con independencia del valor de acción»; en consecuencia, «la mera producción fortuita del resultado valioso no constituye el valor de resultado»⁵⁹.

59 «Wolter [...] en estas causas de justificación —*por ejemplo la detención de una persona para ponerlo a disposición de la autoridad competente*— el legislador ha adelantado el momento de la justificación de la misma manera que en los delitos mutilados de varios actos adelanta la punibilidad a un momento anterior a la producción del valor/desvalor de resultado», puesto que «el propio legislador ha prescindido de tal exigencia concediendo plenos efectos justificantes a la mera acción dirigida a tal resultado porque le interesa fomentar dichas acciones», lo que implica una interpretación más benigna de las causales de justificación (Gil Gil, 2002, pp. XIII, XIV, 8, 11, 58 y 63).





No se requiere el resultado salvador, pues basta con las causales de resultado cortado o de mutiladas, que «es suficiente con la acción dirigida a la producción del resultado valioso», lo que no es impedimento para hablar también de valor de resultado, solo que la acción previa ya es suficiente (Cfr. De la Fuente, 2008, pp. 125, 200 y ss.).

Incluso Jakobs (1997) pareciera ir más allá del conocimiento, puesto que dice que «excepcionalmente en las “causas de justificación imperfectas de dos actos” sería necesaria una intención especial; ello se refiere a las causas de justificación en las que no existen razones fundadas para una sola intervención sin una complementación posterior, como p. ej., en la detención por particular con arreglo al § 127.1 StPO, a la que debe añadirse la presentación posterior a la policía» (pp. 342).

- g) Accesoriedad mínima en la responsabilidad de los partícipes. Autoría mediata.

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.

- h) Tentativa inidónea e imposible son, por excelencia, los paradigmas de lo injusto.

Aquí, sin duda, al expulsarse el resultado de la estructura del delito resulta obvio considerar que el desvalor de acción reclama la exclusividad –con carácter excluyente– de constituirse en fundamento del injusto y encuentra en la tentativa inidónea e imposible la expresión más acabada de su existencia y explicación.

- i) Desvalor de resultado – Valor de acción conduce a un error de prohibición.

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.

- j) Problemas con inimputables.

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.

- k) El desvalor de resultado se configura como una condición objetiva de punibilidad. Problemas: i) Delito culposos; ii) Tentativa.

Welzel consideró el resultado en los delitos culposos como una condición objetiva de punibilidad, que posteriormente Kaufmann extendió a





la teoría del tipo doloso como una consecuencia obligada de la concepción de un injusto personal (Cfr. Pessoa, 2007, pp. 262 y ss.).

Gran dificultad se causa a la dogmática del delito culposo la explicación del porqué el solo desvalor de acción, deducido de la infracción al deber objetivo de cuidado, ya perfecciona el injusto, incluso si ni siquiera para la culpabilidad tiene relevancia el desvalor de resultado. Se afirma, no con ausencia de un gran ejercicio de malabarismo jurídico, que el resultado como condición objetiva de punibilidad selecciona el ámbito de lo punible en el delito culposo, de tal manera que una infracción del deber objetivo de cuidado puede resultar típica, antijurídica y culpable, pero sin saberse de qué delito. Para establecer lo anterior, tendría necesariamente que estar presente la condición objetiva de punibilidad.

En cuanto a cuál sería el tipo penal realmente cometido, se presentaría un problema similar; por ejemplo, tentativa de lesiones o tentativa de homicidio o tentativa inidónea de ambos, se nos puede ofrecer por prescindir del resultado. En ese caso, se perdería un elemento importante para deducir indicios de culpabilidad de la existencia de un resultado si el mismo se expulsa de la estructura dogmática del delito, lo que al menos utiliza Zieliski con las irrisorias, pero al menos funcionales, actividades que cumplen el resultado en la comunicación del impacto en la conciencia valorativa espiritual de la ciudadanía y la indiciaria del servicio del establecimiento de lo perseguido.

- l) Alto impacto de los delitos de peligro presunto, proposición y concierto para delinquir.

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.

- m) Preponderancia de lo subjetivo en el desistimiento frustrado.

Aplica lo dicho en *infra* 1.2. y 2.1.1.1.

- n) También aquí tendrían cabida los sistemas penales que manejan un sistema de *numerus clausus* en materia de imputación a título de tentativa.

Aquí, como en el punto 1.1.1., nos encontraremos ante una potenciación del injusto objetivo cuando los sistemas legales consagran, como es de regular ocurrencia en Alemania y España, cláusulas cerradas de opera-





tividad de la tentativa, pues no todos los hechos punibles admiten tentativa, sino que se dispone expresa y taxativamente cuáles sí la permiten. En cierta forma, pierde presencia la manifestación de un injusto subjetivo.

Así, por ejemplo, en Alemania el artículo 23 del Código Penal determina que la tentativa solo es punible en los delitos graves, pero no sucede así en los delitos menos graves, pues para ello debe decir expresamente en la ley lo referente a la punibilidad.

2.1.1.3. Teoría de la congruencia diferenciadora

- a) Injusto personal – Desvalor de acción (Norma subjetiva de determinación).

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.

- b) Dolo, culpa y elementos subjetivos en el tipo subjetivo (Norma subjetiva de determinación).

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.

- c) Cierta equilibrio entre desvalor de acción y desvalor de resultado para la configuración del injusto.

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.

- d) Todas las causales de justificación demandan elementos subjetivos.

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.

- e) Problemas cuando no se obtiene el resultado salvador: **¿Tentativa de justificación?**

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.

- f) Es necesario para la estructuración del elemento subjetivo **un conocimiento eventual de la situación** y, como tal, basta el apuntarle al «**estado de cosas justificante**» (Cfr. De la Fuente, 2008, pp. 164, 192 y ss.). De faltar, el injusto es consumado.

En este punto, puede ubicarse la opinión de Jescheck y Weigend (2014) cuando afirman:





[...] fundamentalmente, el juez debe decidir sobre la base de una perspectiva *ex post* si en el momento del hecho se habían cumplido los presupuestos de una causa de justificación. Desde luego que si la causa de justificación depende de la existencia de un peligro (*vgr.*, en el § 34), es suficiente si, desde la perspectiva del hombre medio, ya se contaba con el acaecimiento del daño con una cuidadosa contemplación *ex ante* de la situación (p. 487 y 488).

Sanz Morán, por su parte, también da cuenta de esta posición, lo cual tiene coherencia si se tiene en cuenta la simetría que se debe encontrar entre la fundamentación y la exclusión del injusto, pues si el dolo eventual es el mínimo desvalor de acción *–necesario y suficiente–* que puede fundamentar el injusto, igual, de demandarse elementos subjetivos de justificante, también el conocimiento eventual de la causal objetivamente considerada debería ser suficiente y bastar para la exclusión del injusto como el mínimo valor de acción requerido. Así mismo, Sanz Morán (1993) cita a Artz, para quien «el juez no debería obligar al ciudadano, en los casos en que un comportamiento permitido depende de la decisión de una dudosa situación de justificación, a omitir el comportamiento quizá autorizado» (pp. 41 a 43).

Así como en el dolo existe una decisión en contra del bien jurídico, sea directo o eventual, también en la justificante, para guardar consonancia, basta con un contra dolo, que consiste en una decisión en favor del bien jurídico, para estructurar el elemento subjetivo de la justificante (Cfr. De la Fuente, 2008, pp. 160 y ss.).

A partir de la definición del dolo eventual que el Código Penal colombiano da al fenómeno en su artículo 22⁶⁰, que implica una normativización del concepto hacia una vertiente intelectualista de lo eventual, de no poder eludir la exigencia de los requisitos objetivos y subjetivos de la justificante que asistemáticamente ha consagrado la jurisprudencia penal colombiana, particularmente, pensamos que debería aceptarse que también basta una comprensión simétrica inversa al dolo eventual, respecto del elemento subjetivo de la justificante; para ello, es suficiente el

60 «También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar».





conocimiento eventual de los hechos que podrían constituir el elemento objetivo de la misma, lo que ya ha sido sugerido con relación a otras teorías sobre el dolo eventual por la doctrina, como lo reporta Sanz Morán (así Sanz Morán, 1993, pp. 29 y 31).

Alicia Gil Gil estima que «no hay motivo para limitar el ámbito de la justificación dejando fuera a quienes actúen con dolo de segundo grado o incluso con dolo eventual de lograr el resultado valorado» (Gil Gil, 2002, pp. 16 y 17).

Con respecto a la exigencia del elemento subjetivo de la justificante se presentará un claro problema, pues una cosa es el dolo eventual y otro la culpa, de manera que no existe un paralelo entre uno y otra, por lo que tampoco, al existir identidad entre desvalor de acción en el delito doloso y desvalor de acción en el delito culposo (Struensee, 1987, pp. 423 a 450), debería exigirse aquel (así Sanz Morán, 1993, pp. 52 y 53), o al menos, debería aplicarse un juicio diminutivo con la sola exigencia entonces del conocimiento, como se planteará más adelante.

g) Accesoriedad mínima en la responsabilidad de los partícipes. Autoría mediata.

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.

h) La tentativa inidónea es fácilmente explicable.

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.

i) Desvalor de resultado – Valor de acción conduce al error de prohibición.

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.

j) Problemas con inimputables.

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.

k) Delitos de peligro presunto, proposición y concierto para delinquir.

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.

l) Preponderancia de lo subjetivo en el desistimiento frustrado.





Aplica lo dicho en *infra* 1.2.

- m) También aquí tendrían cabida los sistemas penales que manejan un sistema de *numerus clausus* en materia de imputación a título de tentativa.

Aquí, como en el punto 1.1.1., nos encontraremos ante una potenciación del injusto objetivo cuando los sistemas legales consagran, como es de regular ocurrencia en Alemania y España, cláusulas cerradas de operatividad de la tentativa, pues no todos los hechos punibles admiten tentativa, sino que se dispone expresa y taxativamente cuáles sí la permiten. En cierta forma, pierde presencia la manifestación de un injusto subjetivo.

Así, por ejemplo, en Alemania el artículo 23 del Código Penal determina que la tentativa solo es punible en los delitos graves, pero no sucede así en los delitos menos graves, pues para ello debe decir expresamente en la ley lo referente a la punibilidad.

2.1.1.4. Teoría de la congruencia atenuada (Jakobs)

Particularmente, Jakobs no utiliza las expresiones norma objetiva de valoración y norma subjetiva de determinación, disputa que da por superada, según anota Polaino Navarrete (2017, Lección n.º 9).

No obstante, es posible, de conformidad con los resultados a los cuales llega, hacer un parangón con lo que propone la teoría de la norma y aproximarnos a un entendimiento a partir de los mismos, conforme lo predicen sus teorías. Por ejemplo, no trabaja con un concepto de bien jurídico en sentido material, muy a pesar de que se refiere al mismo, cuando es claro que formalmente termina identificándolo con la norma, un retrato como «mero atributo formal y no una condición material de su validez», cuya finalidad es «asegurar la expectativa de una conducta correcta» de conformidad con la «validez fáctica de las normas»; por tal motivo, el concepto de bien jurídico es un mero criterio «informador» que no presta ningún servicio al «fundamento material de la incriminación» (Cfr. Tavares, 2004, p. 36).

- a) Injusto personal – Desvalor de acción (Norma subjetiva de determinación). **Moderada objetivación del injusto.**





Para Jakobs (1997), el Derecho penal debe prescindir del mundo físico y del mundo psicológico, y solo debe atender lo que implica el mundo social, pues el Derecho es comunicación y, como tal, el primero es un subsistema del sistema social que busca reducir complejidades y servir de pauta para la realización adecuada de los contactos sociales anónimos; por tanto, debe asegurar las expectativas mediante deberes de organización, a través de los cuales se administra la libertad propia, y de deberes institucionales que ya vienen previamente configurados en la sociedad (pp. 9 y ss.).

La acción «no se determina por sus aspectos externos (movimiento corporal o resultado), sino por su relación de sentido con la norma. Esto quiere decir para la acción delictiva, que lo grave no es el suceso externo, sino la actitud del autor ante la norma (o sea, ante el ordenamiento en general) puesta de manifiesto en el hecho de la ejecución de la acción»; dicho de otra manera: «no existe impedimento lógico alguno en llamar acción sólo al hecho enteramente imputable, es decir, culpable. Un comportamiento antijurídico, pero no culpable, para este modo de hablar, no es una acción completa, sino imperfecta», la acción es, por tanto, una «*expresión de sentido*» (*Ibidem*, pp. 157 y 158).

Ni los resultados ni los fenómenos psíquicos de la voluntad son apropiados para estructurar las categorías penales, pues están privados de sentido comunicativo, de manera que la norma se infringe cuando se constata que se ha presentado una lesión a su vigencia, toda vez que el sujeto ha esbozado con su comportamiento que no rige el orden normativo.

Desposeer del dolo a la voluntad e intencionalidad del sujeto implica una normativización del aspecto subjetivo del tipo, pues este solo puede ser entendido como «conocimiento» no personal, el necesario e impersonal suficiente para el desempeño del rol, a cuya competencia se encuentra adscrito el sujeto.

Así, para Jakobs, «*dolo es conocimiento de la acción junto con sus consecuencias*». «La relación positiva con el aspecto de la representación consiste en el conocimiento del autor de que la producción de lo querido no es improbable. Sólo a causa de esta representación lo querido es más que un mero desear o esperar tibiamente, es decir, se persigue típicamente. El límite entre lo no improbable y lo que acaecerá con seguridad es sólo





cuantitativo y carece de importancia para la intención» (*Ibidem*, pp. 316 y 323).

Por supuesto, sin duda alguna, ello supone una moderación de los aspectos subjetivos del injusto que se llevaron a la cima por obra de Kaufmann y Zieliski.

Para diferenciar la tentativa inidónea de la tentativa supersticiosa, Jakobs utiliza una especie de teoría de la impresión modificada, referida a que es imperativo que el comportamiento externo «posea capacidad de impresión»; es decir, que la representación del autor tenga bases para entender el comportamiento como «comunicativamente relevante», derivadas de su «conocimiento». Todo ello resulta problemático, no solo por su abstracción y vaporosidad, sumadas a lo inconcreto y subjetivo por parte de quien debe valorarlo, sino también, como bien lo dice Serrano-Piedecასas Fernández (2001), porque «el significado del acto (lesión) no está conformado por ningún componente descriptivo, esto es, referido a la realidad, sino por una concepción del injusto articulada desde una perspectiva social» que solo puede producir conceptos altamente formalizados, con total alejamiento de la realidad (pp. 61 y ss.).

Sujeto únicamente es quien porta un rol, de lo cual depende necesariamente la perturbación social. Esta última solo se podría afectar si el individuo representa «una competencia socialmente comprensible». Solamente así es entendible el comportamiento como «un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas» (*Ibidem*, pp. 65 y 66).

b) Dolo y culpa se rigen por lo conocido y cognoscible, respectivamente. Los elementos subjetivos del tipo penal son incomprensibles (Norma subjetiva de determinación).

Los conocimientos no dependen del individuo subjetivamente entendido, sino caracterizado como persona que desempeña un rol o se desenvuelve en un contexto determinado, desprovistos de toda naturaleza psicológica, pues tal como dice Caro John (2014), rige un criterio normativo donde se parte de premisas diferentes que «entienden que el conocimiento que le interesa al Derecho penal no es un dato psíquico que se halla en la mente del autor, sino que es el resultado de una atribución de sentido normativo a una forma del conocimiento humano». En con-





secuencia, se parte del contexto al autor *—a su mente—* y no a la inversa, toda vez que lo relevante es «*atribuir externamente una determinada actitud al agente*», esto es, «la atribución de un sentido penalmente relevante al conocimiento se rige por determinados criterios normativos», donde «lo externo aquí se configura por el significado social perturbador de la conducta específica y lo interno por el sentido normativo que se atribuye al conocimiento». El conocimiento no es un conocimiento especial y mucho menos psicológico, sino «*el conocimiento concreto que el sujeto debía tener o, lo que es lo mismo, que se espera que tenga en el contexto social específico de su actuación*» (pp. 117 y ss.).

Por tanto, de acuerdo con lo anterior, «el conocimiento jurídico-penalmente relevante para la imputación subjetiva no se verifica, ni se averigua, sino, se imputa. De allí que la imputación subjetiva se defina como la atribución al autor, en atención a su esfera de competencia en un contexto social determinado, del conocimiento necesario para evitar defraudar las expectativas sociales penalmente garantizadas». En este orden de ideas, se prescinde totalmente «de cualquier referencia psicológica para la determinación del conocimiento penalmente relevante», que presupone «*el deber de conocer que le impone al sujeto la posición específica que ocupa en el contexto social concreto de interacción donde se desenvuelve*» (*Ibidem*, p. 121), en cuanto al conocimiento necesario para el desempeño del rol.

Así, el dolo consiste o «se halla conformado solamente por el conocimiento, de manera que para afirmar su existencia basta con imputar al sujeto el conocimiento necesario para que reconozca los riesgos implícitos a su conducta y las consecuencias lesivas que ella acarrea, las mismas que defraudan las expectativas sociales esenciales para la convivencia pacífica»; es decir, dolo «es el conocimiento del riesgo típico, a partir del cual se genera un deber de evitación o neutralización; en otras palabras, quien conoce plenamente el riesgo generado por su comportamiento, actúa con dolo». «En la culpa o imprudencia no se imputa el pleno conocimiento de la situación de riesgo y de su entidad para defraudar las referidas expectativas sociales, sino un conocimiento de menor grado que, sobre la base de ciertos criterios normativos, permite afirmar tan sólo la posibilidad de haber conocido la realización del tipo objetivo. Por tanto, mientras en la imputación subjetiva del dolo existe un deber de conocer, en la imputación culposa se exige un deber de evitar acciones





riesgosas cognoscibles». Solo una diferencia de grado no cualitativa separa al dolo de la culpa, es decir, «la culpa no es sino un supuesto de error sobre el conocimiento de ese potencial lesivo de su conducta» (*Ibidem*, pp. 127, 128, 133, 141, 142 y 143).

c) Cierta equilibrio entre desvalor de acción y desvalor de resultado para la configuración del injusto.

Al normativizar al dolo y a la culpa, la referencia marcada por aspectos subjetivos sin duda alguna descende, por lo que de alguna forma se restaura cierto equilibrio entre lo que podríamos llamar, de manera apenas comparativa, institutos penales entre desvalor de acción y desvalor de resultado, muy a pesar de críticas tan duras como las que les ha lanzado Sancinetti, quien afirma que en las posturas de Jakobs subyace la más crasa aplicación del desvalor de acción. De todos modos, Jakobs, para los efectos de distinguir entre tentativa y consumación, no se libra de utilizar —*así sea un mínimo*— al naturalismo, como el mismo lo llama, al referirse al resultado.

Así las cosas, podría pensarse que se reduce la intervención penal, o al menos se modera, lo cual no deja de ser un espejismo, pues en la práctica se amplía mucho más la intervención penal al facilitar la demostración de las estructuras de la responsabilidad, las que en rigor no se demuestran sino que se atribuyen, dando entrada para que en el Derecho penal se rebajen las garantías también en el campo probatorio, producto del eficientismo marcado que conllevan estas nuevas técnicas de imputación.

d) Todas las causales de justificación demandan elementos subjetivos, pero solo conocimiento sin voluntad.

Al igual que para el dolo de tipo Jakobs (1997) solo demanda conocimiento, también para el aspecto subjetivo de la causal de justificación demanda consonantemente un dolo de justificación como conocimiento de los hechos justificantes (pp. 433).

La normativización de las categorías dogmáticas ha impulsado profundos cambios en el injusto subjetivo y, muy especialmente, en el dolo, puesto que ahora se afirma que «el dolo referido al comportamiento típico no precisa elemento subjetivo alguno, basta para colmar las exigencias del injusto personal con el conocimiento de la peligrosidad del comportamiento, así como de que ésta ya no es tolerada por la ley [...] El conoci-





miento seguro de la situación objetiva de justificación resulta, por tanto, siempre suficiente como elemento subjetivo de la justificación». Aparece, entonces, como la contracara del dolo que se sustenta en el conocimiento de la situación de riesgo jurídicamente desaprobada que se ha creado, por lo que Valle Muñiz (1994) dice que no se comparten las exigencias de especiales finalidades, intenciones o motivaciones conforme a la situación objetiva de justificación, pues al sujeto agente le basta el «conocimiento de la situación justificante que colma las exigencias de contenido que se dirigen al elemento subjetivo de justificación» (pp. 79, 86, 87 y 88).

Por ello, en «el elementos subjetivo de justificación, el conocimiento de que se actúa inmerso en una situación justificante, es absolutamente necesario para posibilitar el juicio de conformidad a Derecho de una conducta» (*Ibidem*, p. 75). Es necesario pero también suficiente (Gómez Rivero *et al.*, 2010, p. 231).

En consecuencia, de manera práctica, Valle Muñiz (1994) afirma que «el que se defiende y es consciente de la previa agresión antijurídica, esto es, sabe que se defiende, quiere también defenderse», por lo que la no exigencia dogmática del elemento volitivo de la justificación subjetiva aumenta «el ámbito de eficacia de los preceptos permisivos» (p. 90).

Con respecto a las causas de justificación, «si concurre el presupuesto de la misma y el autor obra con conciencia de ello puede decirse que la lesión de bienes jurídicos provocada por éste ha sido debida a la concurrencia del primero, que es todo lo que cabe exigir. Si, además, dicho autor abriga otros motivos distintos, espurios si se quiere, ello es indiferente para aplicar la causa de justificación» (Berdugo Gómez de la Torre *et al.*, 2004, p. 285).

Hruschka resume en una frase el peso específico de esta teoría cuando afirma que basta el aspecto del conocimiento de los hechos justificantes, pues «*quien sabe lo que hace y lo hace, quiere hacerlo*». En este sentido, coincide con Jakobs en cuanto este solo exige como elemento subjetivo de la justificante el conocimiento del supuesto de hecho o estado de cosas justificante (Sanz Morán, 1993, pp. 29 y 30), lo que denota también un grado superior de normativización de los conceptos.

En cierta forma, también pareciera que por esta solución se decantaran Jescheck y Weigend (2014), o al menos están muy cerca, cuando afir-





man que «en contraste con la voluntad dirigida al ejercicio de la causa de justificación, el examen meditado de los presupuestos objetivos de aquélla no constituye un elemento subjetivo general de la justificación. Más bien sucede entonces que al autor se le otorga la causa de justificación en toda su extensión cuando están presentes los presupuestos objetivos y actúa en atención a la situación justificante» (p. 486).

Para Jakobs (1997), cuando falta el elemento subjetivo de la justificante, tiene cabida la aplicación de las reglas de la tentativa:

La impunidad tampoco supone una solución adecuada: El autor realiza un comportamiento que defrauda expectativas sin conocer el motivo bien fundado para la ejecución. El que el autor quería sacrificar en vano un bien sugiere la aplicación de las reglas de la tentativa. Naturalmente, el suceso no se asemeja enteramente a una tentativa: Al autor de la tentativa le sale mal ya el sacrificio, y por ello nada se hace en vano; aquí se consigue el sacrificio, pero no es en vano. A pesar de esta diferencia, ha de insistirse en la aplicación de las reglas de la tentativa, porque tanto la imputación del resultado como la impunidad acarrear consecuencias inadecuadas, de modo que a falta de una regulación específica sólo queda enjuiciar el comportamiento sin tener en cuenta la producción del resultado (pp. 434).

Al igual que en el delito doloso, solo se requiere conocimiento de la situación de peligro; simétricamente, en el culposo, únicamente debería exigirse el conocimiento de la situación justificante. Sin embargo, existiendo casi que imposibilidad, por no decir imposibilidad de hablar de culpa consciente en esta teoría, la problemática solo recaería en la culpa inconsciente y se sabe que en ella, al no existir conocimiento sino cognoscibilidad para los efectos de la única culpa punible, que es la inconsciente, no vemos coherente una exigencia paralela como existe para el elemento subjetivo de la justificante en el delito doloso (Cfr. Sanz Morán, 1993, p. 53).

De igual forma, no tendría sentido su exigencia bajo ningún punto de vista, si se tiene que en el delito doloso la falta del elemento subjetivo conduce a la existencia de una tentativa imposible, que resulta todavía más imposible en los delitos culposos.

- e) Problemas cuando no se obtiene el resultado salvador: **¿Tentativa de justificación?**





Pensamos que ningún problema tiene el punto en una metodología funcionalista sistémica, puesto que si el dolo es el conocimiento de la realización de un comportamiento jurídicamente riesgoso y desaprobado, su contracara, la causal de justificación en el ámbito de lo subjetivo, se constituirá con el solo conocimiento que con su acción realiza un comportamiento jurídicamente riesgoso, pero aprobado por el ordenamiento jurídico.

- f) Es necesario para la estructuración del elemento subjetivo **el conocimiento del estado de cosas o de hecho de la justificante**. De faltar, el injusto es consumado.

Si falta el elemento subjetivo de la justificante, no queda enervado el dolo de tipo; por consiguiente, subsiste, la puesta en cuestión de la vigencia de la norma, conformada por la puesta en cuestión de la vigencia de la justificante.

Queda un gran problema de lo que sucede en los delitos culposos, tal como se advirtió anteriormente.

- g) No deberían existir problemas con la accesoriedad limitada o mínima en la responsabilidad de los partícipes, pues la atribución del acto de desautorización de la norma depende del rol de cada participante.

Para Jakobs (1997), «el hecho principal tiene que ser típico y antijurídico (§§ 26 y 27 11 StGB). La participación en hechos lícitos, sean atípicos o justificados, sigue constituyendo participación, pero ésta será igualmente conforme a Derecho». Ahora es claro que «el hecho principal típico debe ser siempre doloso (§§ 26 y 27 StGB). La no dolosidad del ejecutor directo puede conducir a la autoría mediata de aquel que determina dolosamente la ejecución» (pp. 799 y 800).

Sumado a lo anterior, no existe una diferencia cualitativa entre autoría y sus posibles modalidades, por un lado, y participación por otro. Aquí las diferencias son de grado y la mejor denominación del fenómeno es el de intervención delictiva (Caro John, 2014, pp. 157 y ss.)⁶¹. La doctrina opina que de las posiciones de Jakobs, en cuanto a la ampliación del

⁶¹ También hace referencia a Caro John: Tisnado Solís, 2020, pp. 165-190



espectro de cobertura y facilitación de la explicación, se beneficia más la participación que la autoría (Cuello Contreras, 1996, pp. 19 a 67).

h) La tentativa inidónea es fácilmente explicable.

La tentativa inidónea es una expresión comunicativa de la desautorización de la norma, más exactamente, de una defraudación de expectativas normativas, tan completa como la que tiene ocurrencia en la consumación.

i) Desvalor de resultado – Valor de acción se trata como un error de prohibición.

Mañalich (2002) da cuenta de la posición de Jakobs, así:

Otra construcción que alcanza una solución análoga, y que resulta muy cercana a la teoría que remite a las consecuencias jurídicas, es la denominada “teoría de la culpabilidad dependiente” defendida por Günther Jakobs. El punto de partida de Jakobs es que “la suposición errónea de una situación de justificante es un error tan independiente como la justificación es una categoría dogmática autónoma”. Ahora bien, según Jakobs es innegable que este error no puede modificar el carácter doloso de la realización del tipo, así como tampoco puede revertir el juicio de culpabilidad dolosa (responsabilidad por un injusto doloso), salvo que el error sea inevitable y se excluya así la culpabilidad. Por tanto, cuando el error es evitable ha de imputarse responsabilidad a título de culpabilidad dolosa, pero sólo “cuando la ley ponga de manifiesto, mediante un marco penal aplicable a la imprudencia, cómo ha de responderse en el ámbito inferior de la imputabilidad”. De ahí el nombre que designa a esta teoría: la culpabilidad, en caso de suposición evitable de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, es dependiente de la punibilidad de la imprudencia. Pero no se trata, dice Jakobs, de la remisión a la consecuencia jurídica del delito imprudente, sino de la concreción del marco penal del delito doloso. En este sentido, la teoría de la culpabilidad dependiente, conceptualmente por lo menos, se acerca a la teoría estricta de la culpabilidad, aunque en sus resultados en cuanto a punibilidad y penalidad sea equivalente a la teoría que remite a las consecuencias jurídicas (p. 157).

Aunque con argumentos diferentes, Jakobs se une a la corriente mayoritaria en Europa que se decanta por darle al error sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación una solución político-criminal –la *escogida*– en un amplio espectro de propuestas o solucionar el punto de manera sistemática como un error de tipo, tal como lo hace otro





sector bastante amplio con fundamento en la teoría de los elementos negativos del tipo.

j) **Problemas con inimputables. El inimputable no comete acción jurídicamente relevante.**

Por supuesto, ni injusto ni culpabilidad y, en definitiva, ni acción, pues los primeros se destacan por Lesch y Pawlik según anota Roxin. Así mismo, manifiesta que, según la posición de Jakobs, «la vigencia de las normas sólo podría verse afectada por conductas culpables, también perdería validez la conclusión de que no podría haber un injusto sin culpabilidad» (Roxin, 2016e, pp. 19 y 24).

Adicionalmente, para Jakobs (1998) no existe acción si no es acción culpable, de tal modo que los inimputables, al no tener capacidad de realizar conductas comunicativamente relevantes, serían incapaces de una acción en sentido jurídico penal.

k) **La acción es entendida como acción culpable.**

Además de lo anteriormente expuesto, debe destacarse cómo para Jakobs la acción implica también ya culpabilidad o, como dice Roxin, se presenta la «culpabilidad como presupuesto de la acción». De igual manera, dice, citando al autor, que como «el concepto de acción almacena todo el programa del Derecho penal debe extenderse hasta la culpabilidad. La acción consiste en *un hacerse culpable* [...] la acción es *un hacerse competente culpablemente* de un daño a la vigencia de la norma» (Roxin, 2016d, pp. 70 y ss. Muy especialmente las críticas a partir de la p. 73).

l) Alto impacto de los delitos de peligro presunto, proposición y concierto para delinquir.

Son los modelos paradigmáticos de la desautorización de la norma o del cuestionamiento a su vigencia o de la defraudación de expectativas normativas.

Aplica lo dicho en *infra* 1.2.

m) Preponderancia de lo subjetivo en el desistimiento frustrado.

Aplica lo dicho en *infra* 1.2.





- n) También aquí tendrían cabida los sistemas penales que manejan un sistema de *numerus clausus* en materia de imputación a título de tentativa.

Aquí, como en el punto 1.1.1., nos encontraremos ante una potenciación del injusto objetivo cuando los sistemas legales consagran, como es de regular ocurrencia en Alemania y España, cláusulas cerradas de operatividad de la tentativa, pues no todos los hechos punibles admiten tentativa, sino que se dispone expresa y taxativamente cuáles sí la permiten. En cierta forma, pierde presencia la manifestación de un injusto subjetivo.

Así, por ejemplo, en Alemania el artículo 23 del Código Penal determina que la tentativa solo es punible en los delitos graves, pero no sucede así en los delitos menos graves, pues para ello debe decir expresamente en la ley lo referente a la punibilidad.

2.1.1.5. Especial problemática de los delitos de infracción de deberes y sus repercusiones en la autoría y participación

Particularmente, nos hemos referido al injusto complejo que esbozan los delitos contra la Administración pública, en los cuales, por supuesto, pesan también la infracción de la norma objetiva de valoración y de la norma subjetiva de determinación tal como lo hemos planteado en el aparte anterior. No obstante, resulta claro que en ellos el injusto desde la perspectiva subjetiva tiene unas connotaciones diferentes, pues el sujeto no solo infringe la Constitución y la ley u omite sus deberes o se extralimita en sus funciones (artículo 6 de la Carta Política) con el respectivo desvalor de acción, sino también, por razón de la relación especial de sujeción que tiene con el Estado, se incrementa esta, pues el servidor público siempre deberá actuar con un especial ánimo derivado de lo dispuesto en los artículos 122, inciso 2.º, (cumplir con «*los deberes que le incumben*») y 123, inciso 2.º, («*están al servicio del Estado y de la comunidad*») de la Carta Política, que excluye cualquier otro incompatible con los que implican los anteriores deberes; por ende, se puede decir que aquí el desvalor de acción resulta incrementado.

Al verse afectado el bien jurídico Administración pública, da cuenta del desvalor de resultado, junto con el desvalor de acción incrementado del





que se dio cuenta, lo cual debe valorarse de manera muy especial con respecto a los partícipes sin calidades típicas, puesto que la jurisprudencia ha interpretado que del artículo 30 del Código Penal emana una figura diferente que llama interviniente, la cual define como una especie de «autor» sin calidades, cuando a un particular solo se le puede hacer responder por infringir la Constitución y la leyes, pero no por extralimitaciones u omisiones de los deberes funcionales, así como tampoco por no encontrarse al servicio de la comunidad y del Estado. Lo anterior implica un tratamiento punitivo diferencial a quienes intervienen en el delito sin calidades especiales como determinadores o cómplices (ampliamente en Gómez Méndez & Gómez Pavajeau, 2008).

2.1.2. Teorías que independizan el fundamento del injusto de su exclusión

En estas teorías, como muy bien lo ha dicho De la Fuente (2008), «los elementos objetivos y subjetivos de justificación funcionan por separado, es decir, cada uno produce sus propios efectos excluyentes del injusto» (pp. 342 y ss.) o la solución está por fuera de la sistemática adoptada por la teoría del delito.

2.1.2.1. Teoría de la separación de la fundamentación y exclusión del injusto (Alwart)

- a) Injusto personal – Desvalor de acción (Norma subjetiva de determinación).

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.

- b) Dolo, culpa y elementos subjetivos en el tipo subjetivo (Norma subjetivo de determinación).

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.

- c) Cierta equilibrio entre desvalor de acción y desvalor de resultado para la configuración del injusto.

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.





- d) Todas las causales de justificación demandan un elemento subjetivo.

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.

Verdadero problema el que surge en el ámbito de los delitos culposos. Pareciera, pues, que en ellos no es demandado el elemento subjetivo de la justificante y si se demandara, solo sería en cuanto a conocimiento, que de faltar, se sancionaría como tentativa imposible, imposible de considerar (Sanz Morán, 1993, pp. 52 y 53), pues no se corresponde con el concepto de valor de acción (Struensee, 1987, pp. 423 a 450) que haya de enervar el desvalor de acción del tipo penal.

- e) Problemas cuando no se obtiene el resultado salvador: ¿Tentativa de justificación?

No existe problema alguno, pues ya la reacción defensiva ante la agresión, misma con ribetes de automatismo, como lo sostiene la moderna neurociencia, o con un dolo de ímpetu reducido, como podría irse un poco más allá de lo anterior —*si así en gracia de discusión pudiera afirmarse*—, no comporta exigencia alguna de un resultado salvador.

- f) Basta para la estructuración del elemento subjetivo la respuesta reactiva motivada por la amenaza al bien jurídico. De faltar, el injusto es consumado.

Para Alwart, citado por Sanz Morán (1993), «no basta [con] que el autor simplemente se percate de la agresión, ni es necesario que se defienda con una determinada intención»; lo decisivo es «que la acción dirigida contra el agresor esté motivada por la agresión: el defensor actúa *porque* es atacado; la solución intencional es demasiado estrecha, la cognitiva demasiado amplia». Basta pues, para Alwart, como elemento subjetivo de la justificante, «la respuesta reactiva motivada por la amenaza al bien jurídico», con lo que se rechaza cualquier paralelismo en la exclusión del injusto con la fundamentación de la existencia del injusto (p. 35, 70 y 71).

Estudios empíricos muestran que la persona al actuar no lleva a cabo el tipo de razonamiento demandado por otras teorías cuando de actuar inmediatamente en defensa legítima se trata, incluso, si tuviere la calidad de profesor de Derecho penal por ejercicio durante mucho tiempo, como para poder guiar su conducta conforme a premisas previamente





elaboradas, todo lo cual no resulta medianamente plausible (Robinson, 2012, p. 61).

- g) Accesoriedad mínima en la responsabilidad de los partícipes. Autoría mediata.

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.

- h) La tentativa inidónea es fácilmente explicable.

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.

- i) Desvalor de resultado – Valor de acción conduce al error de prohibición.

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.

- j) Problemas con inimputables.

Aplica lo dicho en *infra* 1.2. y 2.1.1.1.

- k) Delitos de peligro presunto, proposición y concierto para delinquir.

Aplica lo dicho en *infra* 1.2.

- l) Preponderancia de lo subjetivo en el desistimiento frustrado.

Aplica lo dicho en *infra* 1.2. y 2.1.1.1.

- m) También aquí tendrían cabida los sistemas penales que manejan un sistema de *numerus clausus* en materia de imputación a título de tentativa.

Aquí, como en el punto 1.1.1., nos encontraremos ante una potenciación del injusto objetivo cuando los sistemas legales consagran, como es de regular ocurrencia en Alemania y España, cláusulas cerradas de operatividad de la tentativa, pues no todos los hechos punibles admiten tentativa, sino que se dispone expresa y taxativamente cuáles sí la permiten. En cierta forma, pierde presencia la manifestación de un injusto subjetivo.

Así, por ejemplo, en Alemania el artículo 23 del Código Penal determina que la tentativa solo es punible en los delitos graves, pero no sucede





así en los delitos menos graves, pues para ello debe decir expresamente en la ley lo referente a la punibilidad.

2.1.2.2. Teoría de la solución por la vía de la tentativa inidónea

Aquí, como dice Valle Muñiz (1994), «una solución diversa a la consumación (*v. gr.* punición por tentativa), sólo es posible desde la teoría de la justificación separada, esto es, desde el presupuesto de que lo objetivo y lo subjetivo de la justificación pudieran contrarrestar de manera independiente lo objetivo y lo subjetivo de la fundamentación del injusto» (p. 103).

- a) Injusto personal – Desvalor de acción (norma subjetiva de determinación).

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.

De todos modos, en esta versión de injusto sobresalen las posiciones de Jescheck y Roxin, dado que hacen especial mención al bien jurídico tutelado como objeto de protección del Derecho penal. Así mismo, no desdican su importancia por la influencia de la norma subjetiva de determinación, lo que se revela muy significativamente en sus esfuerzos por construir una teoría de la imputación objetiva que tiene como elemento central al bien jurídico. Haciendo referencia a Welzel, Roxin (2016a) pone de presente lo mencionado cuando afirma «que un finalismo fundado en la protección de bienes jurídicos, y, en este sentido de corte moderado, solamente podría desarrollar una fructífera teoría del injusto si recogiera el equilibrio de intereses sociales en el cual se basa toda prohibición, y si lo trabajara con la ayuda de la imputación objetiva» (p. 108). No podría ser de otra manera, Roxin declara expresamente su ideología conforme a un Derecho penal fundado en el Estado de Derecho Liberal procedente de la ilustración europea y del movimiento actual de los derechos humanos, en donde participa la Ley Fundamental de Bonn. De este pensamiento se deriva que el Derecho penal solo puede intervenir ante conductas que lesionen un bien jurídico y no lo puede hacer en el «núcleo básico de la configuración privada de la vida»; por lo tanto, «no puede ser razonablemente objeto de una amenaza penal aquella conducta que no lesionare ningún bien jurídico» (Roxin, 2016c,





pp. 395, 396 y 408), a cuyo servicio y determinación hoy puede decirse se encuentra la teoría de la «*imputación objetiva*» construida por Roxin (*Idem*, 2016f, p. 50).

- b) Dolo, culpa y elementos subjetivos en el tipo subjetivo (norma subjetiva de determinación).

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.

- c) Cierta equilibrio entre desvalor de acción y desvalor de resultado para la configuración del injusto.

Por supuesto, es indudable que, si como dice Roxin (2016c), por bien jurídico debe entenderse «toda circunstancia que, bajo preservación de los derechos fundamentales forma parte de los presupuestos de la libre y pacífica coexistencia dentro de la sociedad estatal», por lo que aquello «que no afectare gravemente esta coexistencia, o sea que no fuere socialmente dañoso de manera significativa, no debería ser penado», se excluyen pretensiones de imponer ideas morales, ideologías o tutelas paternalistas (p. 397). Por ello, aboga por la abolición de la tentativa inidónea que, acorde con la teoría de la imputación objetiva, contribuye a «una mayor objetivización de la doctrina penal del injusto», muy a pesar de que la pena como prevención puede también «promover la conciencia jurídica» de la población, lo que de todos modos impera no ser abusado como sucede cuando la tarea del Derecho penal se cifra en «una base teórico-sistémica, [... en...] solamente la tarea de estabilización de la norma [y en que...] la preservación y confirmación de la validez de la norma, [... llevan a...] la desobediencia de la norma», como núcleo central del injusto (Roxin, 2016e, pp. 10, 11, 17 y 18).

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.

- d) Todas las causales de justificación demandan elementos subjetivos.

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.

- e) Problemas cuando no se obtiene el resultado salvador: **¿Tentativa de justificación?**

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.





- f) Son necesarios para la estructuración del elemento subjetivo los particulares conocimientos y cierta tendencia en el obrar. De faltar alguno, el injusto es una tentativa inidónea.

Se llega a la solución por la vía de la tentativa inidónea con fundamento en las siguientes argumentaciones:

1) Error de tipo permisivo al revés:

Para Roxin es claro que «la cuestión de los elementos subjetivos de justificación supone en lo esencial una inversión de la situación del error de tipo permisivo. El sujeto que actúa en error de tipo permisivo se representa una situación justificante que en realidad no se da. En la constelación que aquí se examina se da objetivamente una situación justificante (p.ej. una agresión antijurídica actual) que sin embargo el sujeto no conoce o que al menos no le motiva a su realización del tipo –“*principio suficiente que el sujeto actúe objetivamente en el marco de lo justificado y subjetivamente con conocimiento de la situación justificante. En tal caso tiene dolo de hacer algo objetivamente conforme a Derecho*”-. Los casos demostrativos se toman la mayoría de las veces del derecho de legítima defensa, pero pueden producirse en todas las causas de justificación. Ejemplo 1: Una esposa enojada derriba a golpes a altas horas de la noche a un ladrón armado que estaba abriendo la puerta de la casa, creyendo erróneamente tener ante sí a su marido de vuelta otra vez de una juerga. Ejemplo 2: El ciclista C se acerca por detrás a la señora S, con la intención de arrebatarle el bolso al pasar a su lado. Poco antes de alcanzarla, el paseante P, encolerizado por un motivo fútil, le da un empujón. C se cae, se lesiona en una pierna, ve dañada su bicicleta y ya no puede realizar su plan. P ha previsto y querido las dos consecuencias dañosas. Ejemplo 3: A perturba o interrumpe el servicio de culto religioso (§ 167) y hace que los asistentes abandonen la iglesia al dar fuertes gritos de que se ha declarado un gran incendio en el lugar. A había recibido esa información en la calle, pero la había tomado erróneamente por una gamberrada en la que pretendía tomar parte. Los casos describen una situación de legítima defensa (ej. 1), de legítima defensa de terceros (ej. 2) y de estado de necesidad (ej. 3), de la que sin embargo el sujeto no sabe nada. Plantean al enjuiciamiento jurídico tres problemas: ¿depende en alguna medida la justificación de elementos subjetivos? (a continuación apartado a). Si así es: ¿qué presupuestos o requisitos materiales



hay que exigir de los elementos subjetivos de justificación? (apartado b). ¿Qué efectos tiene, si se exigen elementos subjetivos de justificación, su falta: la pena del delito consumado o la de la tentativa? (apartado c). Se tratarán aquí los aspectos generales de los elementos subjetivos de justificación, mientras que se volverá a las eventuales peculiaridades de las concretas causas de justificación en conexión con cada una de éstas» (Roxin, 1997, pp. 596 y ss.).

En esencia, para algunos, dice Valle Muñiz (1994), nos encontramos frente a un error de tipo al revés: «siendo el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, un error de tipo, su inverso, esto es, la actuación en desconocimiento de la real presencia de la justificación objetiva (error de tipo al revés), dará lugar a una tentativa» (pp. 108 y 109).

Así, también, Sanz Morán (1993): «la tentativa inidónea sería un error inverso de tipo (el sujeto cree que está presente un elemento del tipo que en realidad falta) y el delito putativo un error inverso de prohibición (el sujeto cree erróneamente prohibida una conducta conforme a derecho)» (pp. 73, 74 y 95).

2) La justificación es separada (solo pervive el desvalor de acción)⁶²:

Para Valle Muñiz (1994) esto se cumple cuando se tiene en cuenta que importa «negar no tanto que la justificación plena exige la presencia simultánea de todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo de autorización, sino que la ausencia de cualquiera de ellos impide valorar positiva y aisladamente al otro». Por consiguiente, tendrá que considerarse «que la presencia de los presupuestos objetivos de justificación equivale a una suerte de *valor de resultado*, que compensa o contrarresta el juicio de desvalor sobre el resultado típico producido», en cuanto tiene eficacia jurídica para el injusto —«*los presupuestos objetivos de la causa de justificación contrarrestan o anulan la presencia del desvalor presente en el resultado típico efectivamente producido*»—. La presencia del binomio «*desvalor de acción-valor de resultado*» impide considerar el injusto consumado y solo afirmar el injusto tentado en grado de tentativa inidónea (Valle Muñiz, 1994, pp. 104 y 105; Sanz Morán, 1993, pp. 74 y 75).



De forma muy clara, a principios de los años sesenta del siglo pasado, daba cuenta de ello Suárez Montes (1963) al decir que algunos finalistas «estiman que el elemento objetivo *–de la justificante–* excluye por de pronto el desvalor de resultado *–del tipo objetivo–* y, por tanto, la consumación, quedando tan solo subsistente una tentativa (imposible)» (p. 35).

Aquí, como lo defiende Mir Puig, está claro que nos encontramos ante la misma situación jurídica de la tentativa inidónea: «cuando el sujeto desconozca que actúa bajo los presupuestos objetivos de una causa de justificación, la situación que se planteará será materialmente análoga a la de la tentativa inidónea punible, en la medida en que *ex ante* un espectador imaginario, dotado del conocimiento de la situación que tenía el autor al actuar, hubiera podido caer en el mismo error que éste. Existirá entonces peligro *ex ante* de una situación objetivamente incorrecta que no llega a producirse (desvalor de acción *sin desvalor de resultado*)», lo que también puede ser considerado como una auténtica tentativa imposible, especialmente cuando se sustenta la solución por la vía de los elementos negativos del tipo (Valle Muñiz, 1994, p. 107) o por una consideración puramente normativa, pues al igual que en la tentativa no existe un cadáver por imposibilidad naturalística, tampoco existió una muerte jurídicamente entendida por la existencia de un resultado salvador que enervó el desvalor de resultado del tipo.

El problema crucial estriba en que si el delito cometido objetivamente al amparo de una causal de justificación que se desconoce o conforme a la cual no se actúa queda en grado de tentativa en el ámbito del tipo, podríamos estar dando cuenta en el fondo de una tentativa de tentativa, como lo sostiene críticamente Hirsch (Gil Gil, 2002, p. 100).

3) Política criminal. Solución orientada a las consecuencias⁶³:

Jescheck y Weigend (2014) afirman que «lo correcto es aplicar adecuadamente a este supuesto las reglas de la tentativa. Ciertamente, hay que reconocer que se ha realizado el tipo previsto en la disposición penal con inclusión del resultado; este último, sin embargo, no resulta desaprobado por el Ordenamiento jurídico a causa de la situación objetiva

63 Cfr. De la Fuente, 2008, pp. 353 a 355.





justificante que concurre y, por ello, debe ser negado el acaecimiento del injusto del resultado. De esta forma estamos ante una circunstancia que hay que valorar como en la tentativa: en ambos casos el autor quiere cometer el injusto pero el resultado no está presente por lo que no puede ser considerado como resultado del injusto». Afirma, también, que a la misma solución llegan los partidarios de los elementos negativos del tipo (p. 486). Sin embargo, es claro que para estos la solución es sistemática, por supuesto, si queda vigente el desvalor de acción de la ausencia de la causal subjetiva de justificación, ante la presencia de un desvalor de resultado del tipo objetivo neutralizado por el valor de resultado de la presencia del elemento objetivo de la justificante. De tal manera, nos encontraremos en el escenario jurídico del tipo y ningún esfuerzo sistemático se debe realizar para sostener la tentativa imposible.

En aquellos casos en que falta el elemento subjetivo de la justificante, Bustos Ramírez (1994) es partidario de que se contrae al solo conocimiento de la situación sin demandar voluntad y de que la solución se dé por la vía de la sanción de la tentativa analógicamente aplicada, aunque sugiere también como posible una atenuante analógica de amplio espectro fundada en el arbitrio judicial por existir un menor injusto. No obstante, para la obediencia debida, sí reclama el propósito de actuar de conformidad (pp. 351, 352, 353, 365 y 371). Wessels (1980), por su parte, también anota que ante la falta del elemento subjetivo de la justificante, «lo correcto sería aplicar correspondientemente a este caso las reglas sobre la tentativa. La situación objetiva justificante se opone a la producción de lo *injusto del resultado*; el contenido de disvalor del hecho se limita (como en una *tentativa inidónea*) a lo *injusto de la acción* que se pone de manifiesto en la voluntad de lesionar el derecho (en este sentido, también se expresan Jescheck, Lenckner y Stratenwerth). Cuando la tentativa no está amenazada con pena, esto llevará a la impunidad» (p. 83).

De igual manera, Stratenwerth (2005) manifiesta que, al faltar el elemento subjetivo del conocimiento de la justificante único demandable, materialmente el injusto se funda en el solo desvalor de acción y, como tal, debe tener repercusiones en la pena, caso en el cual se aplica la ordenada para la tentativa por vía analógica (pp. 265, 266 y 267).

Muñoz Conde y García Arán (2010) aprecian que «la ausencia del elemento subjetivo de justificación en una situación objetivamente justi-





ficada mantiene el desvalor de acción, aunque no el del resultado, por eso sólo puede hablarse de una tentativa del delito que el sujeto creía que cometía, pero no de consumación, aunque también podría valorarse como una eximente incompleta» (p. 313).

También llega a tal conclusión Gimbernat Ordeig (1979), quien al parecer se satisface con el conocimiento para dar por cumplido el elemento subjetivo de la justificante, cuando expresa que «desde el punto de vista de la doctrina de los elementos negativos del tipo, es elemental la exigencia de que, para que el sujeto quede exento de responsabilidad, tiene que haber tenido conciencia de que objetivamente concurría una causa de justificación. Si no la ha tenido, entonces responde por delito frustrado (imposible)» (p. 51).

Aquí, sin duda, resulta un imposible jurídico en la imprudencia demandar un elemento subjetivo de la justificante que, de faltar, conduce a una tentativa imposible, lo que resulta imposible estructurar en un delito culposos⁶⁴.

- g) Accesoriedad mínima en la responsabilidad de los partícipes. Autoría mediata.

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.

- h) La tentativa inidónea es fácilmente explicable.

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.

- i) Desvalor de resultado – Valor de acción conduce a un error de prohibición que se trata como error de tipo cuando es vencible y, en el caso de resultar aplicable la teoría de los elementos negativos del tipo, se constituye en un error de tipo.

- j) Problemas con inimputables.

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.

- k) Delitos de peligro presunto, proposición y concierto para delinquir.

⁶⁴ Así lo expresa, contundentemente, Sanz Morán (1993, pp. 24 y 53).





Aplica lo dicho en *infra* 1.2.

- l) Preponderancia de lo subjetivo en el desistimiento frustrado.

Aplica lo dicho en *infra* 1.2.

- m) También aquí tendrían cabida los sistemas penales que manejan un sistema de *numerus clausus* en materia de imputación a título de tentativa.

Aquí, como en el punto 1.1.1., nos encontraremos ante una potenciación del injusto objetivo cuando los sistemas legales consagran, como es de regular ocurrencia en Alemania y España, cláusulas cerradas de operatividad de la tentativa, pues no todos los hechos punibles admiten tentativa, sino que se dispone expresa y taxativamente cuáles sí la permiten. En cierta forma, pierde presencia la manifestación de un injusto subjetivo.

Así, por ejemplo, en Alemania el artículo 23 del Código Penal determina que la tentativa solo es punible en los delitos graves, pero no sucede así en los delitos menos graves, pues para ello debe decir expresamente en la ley lo referente a la punibilidad.

2.1.2.3. Teoría de la solución por la vía de las eximentes incompletas⁶⁵

- a) Injusto personal – Desvalor de acción (Norma subjetiva de determinación).

Aplica lo dicho *infra* 2.1.1.1.

- b) Dolo, culpa y elementos subjetivos en el tipo subjetivo (Norma subjetiva de determinación).

Aplica lo dicho *infra* 2.1.1.1.

- c) Cierta equilibrio entre desvalor de acción y desvalor de resultado para la configuración del injusto.



Aplica lo dicho *infra* 2.1.1.1.

- d) Todas las causales de justificación demandan elementos subjetivos.

Aplica lo dicho *infra* 2.1.1.1.

- e) Son necesarios para la estructuración del elemento subjetivo los particulares conocimientos y cierta tendencia en el obrar. De faltar alguno, el injusto es consumado, pero la pena imponible se tasa teniendo en cuenta la rebaja punitiva por encontrarnos ante eximente incompleta: solución por el delito consumado o tentado según el caso.

Para Valle Muñiz (1994), «la presencia incompleta de una causa de justificación, aun afirmando la presencia de un injusto penal, supone una disminución de la carga desvalorativa presente en el tipo y por tanto, supone una configuración del mismo sustancialmente diversa a la expresada en el juicio de tipicidad»; en otras palabras, «la falta de un elemento requerido por una causa de justificación permitirá su apreciación como incompleta, en la medida que ello disminuye la gravedad del injusto, y sólo en este supuesto» (pp. 54 y 119 y ss.), dado que el desvalor de resultado del tipo objetivo ha sido neutralizado por el valor de resultado de la presencia del elemento objetivo de la justificante, lo que no corre con el desvalor de acción del tipo subjetivo que viene a ser confirmado por la ausencia del elemento subjetivo de la justificante, que se ha tornado en desvalor de acción que reclama la aplicación de la rebaja de pena contemplada en el artículo 66 del Código Penal español, cuya decisión resulta más coherente que la mutación relativa de la tipicidad de un delito consumado a uno tentado.

Así también lo considera García Caverio (2019), pero solo exigiendo el aspecto cognoscitivo del elemento subjetivo de la justificante (pp. 608 y ss.).

No podría entenderse que se demande, en los delitos imprudentes, un elemento subjetivo del conocimiento de la justificante objetiva en la culpa, salvo que se le dé cabida a una idea descabellada, como la de una no justificante atribuida culposamente que llevaría a una aplicación de una eximente incompleta.

- f) Accesoriedad mínima en la responsabilidad de los partícipes. Autoría mediata.





Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.

g) Tentativa inidónea es fácilmente explicable.

Aplica lo dicho en *infra* 2.1.1.1.

h) Desvalor de resultado – Valor de acción conduce al error de tipo.

Aplica, como se constata en la mayoría de los autores españoles, la teoría de los elementos negativos del tipo.

i) Problemas con inimputables.

Aplica lo dicho *infra* 2.1.1.1.

j) Delitos de peligro presunto, proposición y concierto para delinquir.

Aplica lo dicho en *infra* 1.2.

k) Preponderancia de lo subjetivo en el desistimiento frustrado.

Aplica lo dicho en *infra* 1.2.

m) También aquí tendrían cabida los sistemas penales que manejan un sistema de *numerus clausus* en materia de imputación a título de tentativa.

Aquí, como en el punto 1.1.1., nos encontraremos ante una potenciación del injusto objetivo cuando los sistemas legales consagran, como es de regular ocurrencia en Alemania y España, cláusulas cerradas de operatividad de la tentativa, pues no todos los hechos punibles admiten tentativa, sino que se dispone expresa y taxativamente cuáles sí la permiten. En cierta forma, pierde presencia la manifestación de un injusto subjetivo.

Así, por ejemplo, en Alemania el artículo 23 del Código Penal determina que la tentativa solo es punible en los delitos graves, pero no sucede así en los delitos menos graves, pues para ello debe decir expresamente en la ley lo referente a la punibilidad.



2.2. Teorías dualistas con tendencia objetiva (Norma objetiva de valoración prevalente - Norma subjetiva de determinación subordinada)

2.2.1. Teoría de José Ramón Serrano-Piedecasas Fernández

- a) Injusto personal – Desvalor de acción
(Norma subjetiva de determinación).

Debe quedar claro que para Serrano-Piedecasas Fernández (2001) un injusto objetivo estará demarcado por el desvalor de resultado, mismo que queda «configurado por la propia conducta típica como resultado exterior». Aunque la existencia del injusto, por supuesto, estará co-conformada por el desvalor de acción representado en «la creación de un riesgo generado por la acción y el desvalor de resultado [por] la producción de un estado de peligro concreto para el bien jurídico particular», en tanto la tentativa tiene la misma estructura que un delito de peligro, donde la punición se adelanta «al momento de la aparición concreta del peligro»; en otros términos, el tipo subjetivo tiene el mismo alcance que el delito consumado, pero se requiere inexorablemente «la creación de un peligro objetivo para la indemnidad del bien jurídico» (pp. 23 y 24).

Dos elementos conforman el peligro para el bien jurídico: la peligrosidad de la acción y el peligro como «estado» en que se concreta aquella, que viene a configurar un «desvalor de resultado de peligro». Un «juicio de peligrosidad» y otro diferente, que es el «juicio de peligro», sujetos a una valoración *ex ante* para el primero y *ex post* para el segundo: «Con el primer juicio la peligrosidad se presume, con el segundo el peligro se constata». Veamos la siguiente afirmación:

El juicio de peligrosidad constituye un primer paso valorativo y por él se determina: si la conducta en abstracto es potencialmente idónea para producir el daño; y, además, si jurídicamente tiene capacidad para crear un riesgo penalmente desvalorado (todavía en abstracto). De ser así, a continuación, se emitirá un juicio de peligro que exige demostrar la actualización de esa peligrosidad y la proximidad del bien jurídico amenazado respecto de la fuente de peligro, o sea la presencia de un resultado de peligro [...] Si el juicio de peligrosidad es afirmativo, se





abre otro proceso de ponderación encaminado a determinar el grado de peligro concretamente alcanzado para el bien jurídico. Es decir, el juicio de peligro concreto permite, al ser relacionado con el interés jurídico protegido, comprobar la existencia de una situación o estado de peligro. Este juicio, estrictamente objetivo, debe ser realizado *ex post* y está referido al *resultado de peligro* alcanzado [...] y que] la mayor parte de la doctrina no distingue entre peligrosidad de la acción y resultado de peligro [...] para quienes...] el juicio de peligrosidad suple el juicio de peligro (*Ibidem*, pp. 24 a 30).

El juicio adicional del espectador objetivo que se hace sobre el plan del autor apenas cubre la primera parte del juicio complejo, el referido a la peligrosidad de la acción, pues como el mismo Serrano-Piedecasas (2001) lo anota, «no decimos que el plan del autor no deba ser tenido en consideración al analizar la peligrosidad de la acción, sino que este juicio hipotético debe ser confrontado con la constatación *ex post* de la efectiva producción del peligro para el bien jurídico», habida cuenta de que «la antijuridicidad de la tentativa reside en la puesta en peligro de un bien jurídico determinado y no en un mero juicio de peligrosidad, aun cuando se haya pretendido objetivarlo por intermedio de un juicio social» (pp. 104 y ss.).

Allí radica la diferencia, pues se repite que al no distinguirse entre peligrosidad de la acción y resultado de peligro, el juicio de peligrosidad suple el juicio de peligro y la doctrina termina privilegiando el juicio en perspectiva *ex ante* sobre la perspectiva *ex post*, lo que conduce a la subjetivización del injusto. Precisamente, ello lo evita la postura de Serrano-Piedecasas, puesto que afirma que resulta ser la mejor interpretación del actual artículo 16, numeral 1.º, del Código Penal español de 1995 al cual se resisten los subjetivistas en materia del injusto, pues el método valorativo por él planteado supera dichos prejuicios que vienen de la dogmática alemana al «permitir apreciar la peligrosidad potencial de la acción y, por otro, su concreción en un estado peligroso». En definitiva, esto último permitirá descartar las tentativas irreales y las tentativas inidóneas, toda vez que impone una valoración jurídica más allá de la ontológica que se encarna en el conocimiento del autor, al reclamar inexorablemente la presencia de un «*peligro concreto*», asegurando que el juicio vaya del hecho al dolo y no al contrario, como se favorece a las tendencias subjetivistas contrarias a un derecho penal del acto (*Ibidem*, pp. 33, 86 y ss.).





Por un lado, se encuentra el primer juicio, que, como ya se había mencionado, es llamado juicio de peligrosidad de la acción; el otro, que es posterior, busca verificar que el mismo no quede en la subjetividad del autor o en el difícil terreno de la evaluación por parte del observador imparcial que puede verse opacado por lo impreciso, aun cuando un recurso a las ciencias de las probabilidades, como la estadística, suministra suficientes bases objetivas para no quedar en las meras abstracciones y simples juicios de causalidad general desprovistas de anclajes reales de los que carece la mera representación del autor en el juicio *ex ante*. Se requiere que en el juicio de peligro se haga en concreto un juicio de peligro *ex post*.

Las leyes de la probabilidad no son leyes naturales, van más allá del determinismo causal, se insertan en juicios de valor afines a una metodología jurídica y «se limitan tan solo a cuantificar el grado de frecuencia existente entre causa y efecto» —*reminiscencia neoclásica*—. Estas no tienen un contenido subjetivo: «Se trata de proposiciones predicativas inducidas de datos estadísticos. Por ello, para comprobar su validez se requiere de la aplicación de métodos de verificación empírica de contenido también estadístico [...] datos empíricos cuantificados estadísticamente (eso sí es objetivo)». «Los juicios de probabilidad son *materialmente* inherentes a todo juicio de peligro. Constituyen el ámbito fáctico sobre la cual se decide la tipicidad del peligro. El peligro graduado en términos probabilísticos se convierte así en una condición necesaria, aunque no suficiente, para emitir un juicio objetivo de imputación, juicio por el que se decide elevarlo ya a la categoría de riesgo jurídicamente relevante [...] La idoneidad objetiva de la peligrosidad de un comportamiento apreciado *ex ante* solamente puede ser fijada por vía estadística [...] El juicio de probabilidades también es posible realizarlo desde una perspectiva *ex post*, pues como se ha visto, raramente se puede subsumir el suceso causal en una ley natural de perfecto conocimiento» (*Ibidem*, pp. 127, 128 y 129).

El juicio de peligro concreto *ex post* está separado, así sea en términos mínimos, del juicio de peligrosidad de la acción y se constituye, por sí mismo, en un estado o situación diferente, generado por esta. Involucra un juicio sobre la proximidad de la peligrosidad de la acción respecto del bien jurídico y da cuenta de un «*resultado de peligro*» que, además, contiene otro juicio: «el grado de peligro concretamente alcanzado para el bien jurídico». «El peligro es un concepto normativo que indirectamen-





te manifiesta un alto grado de probabilidad dañosa, pero que adquiere plena relevancia jurídico-penal cuando se pone en relación directa con el bien jurídico en cuestión». Esa consideración *ex post*, por supuesto que involucra a «todas aquellas causas salvadoras que impidiendo finalmente la producción del resultado no respondan al normal desarrollo del curso causal», por lo que «solo los medios salvadores dominables excluyen la peligrosidad de la acción», que acoge la propuesta de Demuth, según la cual, «peligro es la amenaza a un bien jurídico ya no dominable a través de los medios normales de defensa», puesto que «el peligro surge cuando la circunstancia salvadora ya no depende del actuar humano» (*Ibidem*, pp. 132 y ss.).

En fin, nuestro anterior autor es contundente y aparece como un doctrinante que, en la actualidad, marca la diferencia en la tendencia subjetivista del injusto en España: «El argumento central de la tesis aquí defendida lo constituye el concepto normativo de peligro. Por eso, es posible efectuar la siguiente declaración de principios: *si no hay peligros (normativos) inidóneos, tampoco hay tentativas inidóneas*. Las tentativas que no llegan a crear una situación de peligro –las inidóneas– o son impunes o constituyen *por sí mismas* un delito de peligro abstracto», puesto que se parte de una teoría dualista de la norma, pero con énfasis en su imperatividad (*Ibidem*, pp. 33, 34 y 90).

Así mismo, afirma que una correcta interpretación del artículo 16, numeral 1.º, del Código Penal español está cifrada en el siguiente entendimiento:

En definitiva, toda tentativa requiere de la aparición de un peligro en el resultado. Por lo que, todo resultado de peligro requiere de un doble análisis: uno *ex ante* sobre la peligrosidad de la acción y uno *ex post* sobre la plasmación de esa peligrosidad en el peligro concretamente acaecido, atribución verificada por la vía de un juicio objetivo de imputación. El estado de peligro debe manifestar dos características interdependientes: 1) la proximidad de lesión del bien jurídico; y 2) la ausencia de una normal dominabilidad de las posibles causas salvadoras (*Ibidem*, p. 35).

Así, la «exteriorización de una voluntad contraria al imperativo de la norma no basta para caracterizar de antijurídica una conducta, se requiere además la materialización de la lesión del bien jurídico», toda vez que la «peligrosidad es una simple característica de la conducta, independiente del estado de peligro en el que pueda encontrarse un





objeto jurídico». Este último peligro tiene que referenciarse como un «peligro concreto» que toma como base «no solo la representación del autor (saber ontológico), sino además las circunstancias cognoscibles de la situación por parte de un observador imparcial», por lo que el resultado se debe entender en clave jurídica y no ontológica (*Ibidem*, pp. 90 y ss.).

- b) Dolo, culpa y elementos subjetivos en el tipo subjetivo (Norma subjetiva de determinación).

Aplica lo dicho *infra* 2.1.1.1.

- c) Cierta equilibrio entre desvalor de acción y desvalor de resultado para la configuración del injusto. Desvalor de resultado como elemento del injusto.

Aplica lo dicho *infra* 2.1.1.1.

- d) Todas las causales de justificación demandan elementos subjetivos.

Aplica lo dicho *infra* 2.1.1.1.

También aquí existirán ingentes problemas con los delitos imprudentes, bien cuando los elementos subjetivos se demanden plenamente —*conocimiento y voluntad*—, o bien cuando sea parcialmente —*solo conocimiento*—, por todo lo dicho en los anteriores apartes.

- e) Son necesarios para la estructuración del elemento subjetivo los particulares conocimientos y cierta tendencia en el obrar. De faltar alguno, el injusto será considerado tentado y **se aplicará la pena reducida de la tentativa por la carencia del elemento subjetivo de las justificantes.**

En la dogmática posfinalista se formula, acorde con el planteamiento de un sistema teleológico final, muy especialmente a partir de las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad que se fueron incrementando hasta fundirse mutuamente, que ya la estructura del delito no se plantea en una división tripartita sino bipartita, donde se define al mismo como una conducta típicamente antijurídica y culpable, diluyéndose las «diferencias valorativas» entre tipicidad y antijuridicidad; por lo tanto, se centra «*el juicio de desvalor objetivo general en el concepto de “injusto penal”*» que presupone «determinar el injusto penal (positivamente)





mediante la realización típica y (negativamente) a través de la ausencia de causas de justificación», afirma Valle Muñiz (1994, p. 50) siguiendo a Schünemann.

Se abandona así la idea de tipicidad como indicio provisional de antijuridicidad o *ratio cognoscendi* por la de tipicidad como esencia de la antijuridicidad o *ratio essendi*, proceso gradual de fusión que marca la culminación de la evolución de las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad en el marco de la dogmática neoclásica.

Serrano-Piedecabras Fernández (2001) se declara partidario de la teoría de los elementos negativos del tipo *—la presencia de una causal de justificación no solo excluye la antijuridicidad de la conducta, sino también su tipicidad—*; en consecuencia, se muestra partidario de la aplicación de la pena de tentativa *—por supuesto no de la inidónea que no acepta—*, aunque parece dudar de los fundamentos y prefiere afirmar que debe dársele una solución legal. De todos modos, acepta que jurídicamente no se ha llegado a la consumación de un delito, puesto que nos encontramos frente a «un resultado objetivamente salvador», lo que equivaldría a impedirle al agente que realice el mismo. De todos modos, «lo que fundamenta el desvalor del resultado no es el resultado típico, sino el resultado del injusto, es decir la concurrencia de todos los elementos del tipo, positivos y negativos» (pp. 86 y 98 a 101).

f) Accesoriedad mínima en la responsabilidad de los partícipes. Autoría mediata.

Aplica lo dicho *infra* 2.1.1.1.

g) Desvalor de resultado – Valor de acción conduce a error de tipo.

Lo anterior, indudablemente, sin perjuicio del error sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación, que se constituye en un error de tipo sistemáticamente entendido en la teoría de los elementos negativos del tipo, habida cuenta de que si la ausencia de una causal de justificación fundamenta negativamente el tipo, un error sobre sus presupuestos objetivos es un error de tipo y no de prohibición. Si es vencible, por falta de tipo objetivo, no existirá tipicidad; si es vencible, solo recibirá punición si existe el respectivo tipo penal culposo y la pena será la contemplada para el mismo.





- h) También aquí tendrían cabida los sistemas penales que manejan un sistema de *numerus clausus* en materia de imputación a título de tentativa.

Aquí, como en el punto 1.1.1., nos encontraremos ante una potenciación del injusto objetivo cuando los sistemas legales consagran, como es de regular ocurrencia en Alemania y España, cláusulas cerradas de operatividad de la tentativa, pues no todos los hechos punibles admiten tentativa, sino que se dispone expresa y taxativamente cuáles sí la permiten. En cierta forma, pierde presencia la manifestación de un injusto subjetivo.

Así, por ejemplo, en Alemania el artículo 23 del Código Penal determina que la tentativa solo es punible en los delitos graves, pero no sucede así en los delitos menos graves, pues para ello debe decir expresamente en la ley lo referente a la punibilidad.

2.2.2. Teoría de Fernando Velásquez Velásquez

- a) Injusto personal – Desvalor de acción (Norma subjetiva de determinación).

Fernando Velásquez Velásquez (2020) es partidario de un injusto personal (p. 469); no obstante, pensamos que tal figura muy difícilmente puede ser sustentada a partir del Código Penal colombiano, dada la relevancia significativa y prevalente del injusto material fundado en la puesta en peligro efectivo o lesión del bien jurídico tutelado que excluye los delitos de peligro abstracto como delitos donde el peligro se presume *iure et de iure* (artículo 11), de la fórmula objetivizante de la tentativa y del tratamiento en igual sentido del desistimiento frustrado (artículo 27) y de la regulación de la accesoriedad limitada como fundamento de la participación (artículo 30).

- b) Dolo, culpa y elementos subjetivos en el tipo subjetivo (Norma subjetiva de determinación).

Aplica lo dicho en 2.2.1.

- c) Cierta equilibrio entre desvalor de acción y desvalor de resultado para la configuración del injusto. Desvalor de resultado como elemento del injusto.



El principio de lesividad es la muestra irrefutable de la prevalencia del desvalor de resultado en la configuración del injusto.

d) Todas las causales de justificación demandan elementos subjetivos.

Sobre el punto, Velásquez Velásquez (2020) afirma:

Si se parte de una concepción moderada del injusto personal es necesario, al exponer todas y cada una de las justificantes, estudiar en ellas un componente de índole subjetivo que es la verdadera contrapartida del dolo; por el contrario, para quien el injusto se agote en el mero desvalor de resultado, deben negarse de manera consecuente tales componentes. Por ello, el agente no solo debe actuar en el plano objetivo a cuyo efecto debe cumplir con las respectivas exigencias, sino que debe conocer que lo hace y querer obrar al amparo de la causal de justificación, de donde se infiere que en el ejercicio de ella deben concurrir elementos cognoscitivos y volitivos; la finalidad del agente no debe confundirse, sin embargo, con los motivos o los sentimientos presentes al momento del hecho, pues al derecho penal en esta instancia solo le interesa la actuación de la persona conforme a sus prescripciones y no por qué lo hace. La exigencia de elementos subjetivos en las diversas causales de justificación es una consecuencia lógica del concepto final social de conducta, pues parece evidente que los comportamientos justificados también deben ser causales, finales y sociales (pp. 468 y 469).

Esta solución no es satisfactoria, puesto que, como la ha reprochado Fernández Carrasquilla, la aplicación de la fórmula jurídica de la atenuante punitiva por exceso en el ejercicio de la causal de justificación termina siendo una aplicación analógica *in malam partem* ante la ausencia de exigencia de la ley de tal requisito.

Camilo Sampedro Arrubla (2010) parte de un concepto normativo de resultado, lo cual será valorado desde la perspectiva de la acción o del resultado, o de ambos conceptos que se abordan desde perspectivas subjetivas u objetivas correspondientemente, o de ambas, de acuerdo con las concepciones dualistas, reeditándose de conformidad con las particulares constituciones políticas de los diferentes países, la disputa entre deterministas o imperativistas y valorativistas en materia de la orientación de la norma, o con presentaciones en mixtura. Lo injusto dependerá del desvalor de acción y/o del valor de acción si el injusto es subjetivo o del desvalor de resultado y/o valor de resultado si el injusto es objetivo o, de





ambos, si se adopta una concepción dualista de la norma, todo lo cual debe enjuiciarse de conformidad con las normas constitucionales para respetar la seguridad jurídica y evitar que la posición acogida se disperse en multitud de opiniones que pueden afectar la igualdad de las personas ante la administración de justicia (pp. 386 y ss.).

No obstante, muy bien recurre para dilucidar el punto al artículo 16 de la Carta Política, pero entiende que la utilización allí de dos componentes limitadores del libre desarrollo de la personalidad, como son los derechos de los demás y el orden jurídico, funcionan de manera alternativa y no acumulativa, toda vez que se difiere al legislador la posibilidad de estructurar injustos con base en una u otra razón, o de manera mixta, en cuanto otras disposiciones constitucionales, como el artículo 1.º (sobre la dignidad de la persona), dan margen para el entendimiento de la viabilidad de la norma de conducta o subjetiva de determinación, aun cuando finalmente se decanta por una teoría dualista de la norma sin establecer prioridades de una u otra. Por tanto, cuando se trata de examinar las causales de justificación, resulta necesario «que el hecho aparezca en realidad circunstanciado por la presencia de los elementos objetivos de la causal de justificación y por la motivación del autor de actuar conforme a esos elementos objetivos» (*Ibidem*, pp. 392 y ss.).

Sampedro Arrubla no especifica cuál es el tratamiento que debe recibir la ausencia del elemento subjetivo de la justificante –*valor de acción*– con la presencia del elemento objetivo de la misma –*valor de resultado*–, de manera que habrá de suponerse que se procederá por delito consumado o tentado según lo afirmado en la tipicidad.

De igual manera, Sánchez Herrera (2020), muy a pesar de que entiende el injusto como constituido por el desvalor de resultado que impone el artículo 11 del Código Penal, que de todos modos prevalece sobre el desvalor de acción, entiende que es «exigencia el cumplimiento del requisito subjetivo en todas las causales de exclusión del injusto». En cuanto a las particulares causales de justificación, señala que *i)* el autor debe actuar con conocimiento y sobre la base del consentimiento del sujeto pasivo; *ii)* el agente debe actuar con conocimiento de la existencia del deber y con la finalidad de su cumplimiento; *iii)* el subordinado debe actuar con conocimiento y con el propósito de acatar la orden; *iv)* el titular del derecho subjetivo debe actuar con la finalidad de su ejer-





cicio; *v*) el agente tiene que actuar con el conocimiento y la finalidad del ejercicio de la actividad; *vi*) el agente debe actuar con la finalidad de cumplir el cargo público; *vii*) ánimo o voluntad de la defensa y conocimiento de la existencia de la agresión; y, *viii*) el agente debe obrar con el conocimiento de estar en la situación de necesidad y con la finalidad de salvaguarda del bien jurídico; no se trata el tema, pero se supone que al faltar el elemento subjetivo de la justificante se responde por delito consumado o tentado, según haya sido la tipificación dada a los hechos (pp. 19, 56, 69, 80, 97, 124, 134, 177 y 215).

Derivan, al parecer dándole mayor peso a la gramaticalidad de la norma que a cuestiones sistemáticas —*aunque Sánchez Herrera globalmente lo conecta con la teoría sobre la norma subjetiva de determinación*—, al enfatizar en ciertas expresiones que traen los tipos permisivos en su redacción legal.

Menciona la solución por la vía de la tentativa inidónea, pero cuando hace referencia a la doctrina española, de tal manera que, al no postular explícitamente una solución en el marco del ordenamiento jurídico-penal colombiano, es de deducirse que la solución debe encontrarse por la misma vía que se señaló en el caso de Sampedro Arrubla.

El gran problema, respecto a dicha solución, es que terminan sancionando más drásticamente la ausencia del elemento subjetivo de la justificante que los subjetivistas más extremos, quienes se decantan por la tentativa inidónea, figura que no existe en Colombia muy a pesar de encontrarnos frente a un injusto general-objetivo o preponderantemente objetivo como ellos mismos lo plantean.

- e) Son necesarios para la estructuración del elemento subjetivo los particulares conocimientos y cierta tendencia en el obrar. De faltar alguno, el injusto es consumado, **empero, se aplicará la atenuante punitiva referida al exceso en las justificantes.**

Afirma Velásquez Velásquez (2020):

[...] la doctrina se inclina por aplicar en estos casos las reglas correspondientes a la tentativa o al exceso en las causales de justificación, y reconoce —como debe hacerse— la existencia de un grado reducido de injusto, que se traduce en una punición menor; *de lege lata* parece, sin embargo, [es] más conducente desde el punto de vista político criminal acudir a la fórmula



del exceso (artículo 32, numeral 7.º, inciso 2.º) para tratar estos casos, que bien podrían denominarse de defecto (pp. 469 y 470).

Quedan por contestar graves problemas ya planteados anteriormente en cuanto a exigencias plenas o parciales de los elementos subjetivos de las justificantes.

f) Accesoriedad limitada en la responsabilidad de los partícipes.

Es la consecuencia lógica de la práctica de un injusto general-objetivo y no muy coherente con un injusto personal-subjetivo; no obstante, parece una derivación ineludible de lo dispuesto en el artículo 30 del Código Penal.

Se da por descontado, en virtud de lo dispuesto en la ley, que en Colombia opera la accesoriedad limitada de conformidad con el artículo 30 del Código Penal (*Ibidem*, p. 591).

g) Desvalor de resultado – Valor de acción conduce a un error prohibición que recibirá el tratamiento de un error de tipo y con las consecuencias propias del mismo de conformidad con el numeral 1.º del artículo 32 del Código Penal.

2.2.3. Teoría de la objetivación de la voluntad de la ley en materia de justificación

Aquí partimos de la superación de aquellos viejos tiempos del auge del «positivismo jurídico» como culto rendido a la letra de la ley. En la actualidad, es de general aceptación que *justicia* no es equivalente de *ley*, aunque en ocasiones, y esa es la finalidad, coincidan. Ni siquiera en los tiempos que corren son del todo valederos los conceptos lógico-formales de la dogmática tradicional –o, en el lenguaje italiano, la escuela *técnico-jurídica*– que llevaron a la teoría del delito a una exasperación de conceptos abstractos que en no pocas ocasiones contradecían los más elementales dictados de la justicia, pues operaban casi como un silogismo que exceptuaba a la rama penal de decisiones que condujeran a la equidad. Hoy por hoy, los más prestigiosos cultores del derecho penal discuten sobre una dogmática renovada, inspirada en las enseñanzas de la política criminal, buscando «atemperar los rigores lógicos deductivos





del sistema racional del derecho penal por medio de los principios y las consideraciones político-criminales que comienzan con el sentimiento de justicia», según lo afirma Fernández Carrasquilla, quien además cita al renombrado autor alemán Claus Roxin cuando este sostuvo que el método para compaginar dogmática y política criminal era «dejar penetrar las decisiones valorativas político criminales en el sistema del derecho penal»⁶⁶.

En nuestro país, una renovación de la dogmática tradicional ha sido planteada por Fernández Carrasquilla, quien señala que «más allá de la lógica conceptualista comienza la labor valorativa del juez, que a la vista del fin de la norma (concepto que no puede captarse con criterios lógico-formales ni empírico-causales) ha de concretar su sentido y decidir el caso conforme a este y por tanto en armonía con los principios jurídicos en que las normas se sustentan y los valores subyacentes en que se inspiran». El connotado autor agrega posteriormente: «El derecho no se reduce a cuestiones de mera técnica jurídica, como pretenden las vertientes positivistas. Muy por el contrario, posee esenciales, intrínsecas y complejas connotaciones valorativas entrañablemente unidas a la red institucional y a las realidades socio-políticas» (*Ibidem*, pp. 161 y 166 respectivamente).

En otro trabajo, Fernández Carrasquilla expresa que «el punto de partida de una “dogmática axiológica” es doble, pues de una parte sigue siendo, en todo el rigor de la palabra, una ciencia “dogmática”, y de la otra, requiere que entre los “dogmas” ingresen, al lado y tras el fondo de las leyes, algunas valoraciones fundamentales que el positivismo de algún modo olvidaba o descuidaba»⁶⁷. Dichas valoraciones «modifican el método jurídico tradicional, que ya no se limitará a descubrir o presentar proposiciones jurídicas con sentido lógico y coherencia interna, sino que tendrá que dotar a esas proposiciones de un sentido valorativo que permita la práctica social

66 Fernández Carrasquilla, 1988, pp. 162 y 163. Ya antes el mismo autor había incursionado en el tema a propósito del escrito *Sobre la lógica y la justicia en el derecho penal*, publicado en la Revista Derecho Penal y Criminología N.º. 27-28, años 1985-1986, pp. 183 a 194. Últimamente en Fernández Carrasquilla, 1990, pp. 1 a 27.

67 Fernández Carrasquilla. *El derecho penal clásico de Carrara y la dogmática axiológica de nuestros días*, p. 66.





de un derecho penal razonablemente justo, lo que sin duda exige una labor relativamente creadora y no meramente mecánica del juez [...] El sistema, sin embargo, tiene que ajustarse de tal manera que una solución justa no sea nunca ilógica y una lógica no sea nunca injusta, pues ello es lo que una lógica valorativa presidida por la justicia social tiene que garantizar» (*Ibidem*, p. 67), y más, que «la verdad dogmática de una proposición será incompleta sin su rectitud axiológica y ésta remite a una lógica material de los valores que trasciende las posibilidades de cualquier formalismo. Dentro de los límites del derecho penal de nuestros días, esto suele expresarse en el sentido de que la solución de un caso ha de ser al tiempo sistemáticamente correcta y político criminalmente satisfactoria» (*Ibidem*, p. 70).

La crítica que se le puede formular a este planteamiento radica en el cuestionamiento por el excesivo énfasis puesto en el sentido de valor, concepto que para unos puede significar una cosa y para otros, otra, lo que llevaría sin remedio a la arbitrariedad o a la creación libre del derecho⁶⁸. Fernández Carrasquilla, para obviar este inconveniente, entronca los valores con un sistema de normas superiores como son las constitucionales y las del derecho internacional que hoy tiene expreso reconocimiento constitucional, según el artículo 93 de la Carta Política de 1991. Y, sobre todo, con los derechos humanos, que son la suprema condensación de dichos valores positivos.

Dos importantes cuestiones podemos anotar:

i) Hoy en día, desde el punto de vista filosófico, en el estudio de la ontología, en general se inscribe un aparte dedicado a la *ontología de los valores* (García Morente, 1984, pp. 376 a 391), con lo cual se debe ir mucho más allá de lo planteado por Welzel a través de sus estructuras lógico-objetivas, fundadas en una ontología del ser, pues sus ideas filosóficas se apoyan en Nicolai Hartmann⁶⁹, cuya fenomenología se

68 De hecho, se presenta una profunda crítica a cierto sector de la filosofía de los valores que puede rotularse de «subjetivista», por cuanto es cercana al adagio de *gustibus non disputandum*, en lo cual se encuentra «un reconocimiento del predominio de lo subjetivo sobre lo objetivo en el nivel axiológico más bajo», lo que sin duda debe ser superado (Cfr. Frondizi, 1986, p. 36).

69 Así lo confiesa HANS WELZEL en el prólogo de la cuarta edición de su libro *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, 2001, p. 15.





convierte en un materialismo trascendental (Abagnano, 1978, p. 713), que aún se queda corto para los fines de la justicia material que impone la utilización de la idea del valor. La ontología de los valores plantea que estos no son relativos y subjetivos sino, por el contrario, absolutos en tanto no dependen del tiempo ni del espacio. De allí que García Morente (1984) afirme: «lo que pasa es que hay épocas que no tienen posibilidad de percibir ciertos valores, pero esos valores, cuando las épocas siguientes que vienen los perciben, no quiere decir que de pronto al percibirlos los crean, sino que estaban ahí, de un modo que no voy ahora a definir, y que esos valores que estaban ahí son, en un momento de la historia, percibidos o intuitos por esas épocas históricas y por esos hombres descubridores de valores» (p. 384). Entonces, resulta correcto, como lo hace Fernández Carrasquilla, hablar de unas *estructuras lógico-objetivas-valorativas*.

Este tipo de conceptos necesariamente tienen que partir del Orden Público Internacional de los Derechos Humanos, por virtud de lo dispuesto en los artículos 4 y 93 de la Carta Política, en armonía con el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁷⁰.

Un desarrollo necesario e indefectible del derecho Penal de la mano de los derechos humanos es asunto que hoy casi no se discute (Zaffaroni, 2017). Creemos que este punto de partida se sustenta en el pensamiento de la nueva ontología de Nicolai Hartmann (1954), quien considera que se han superado puntos de vista puramente materialistas, pues también aquella da cuenta de que el estudio del ser «no afecta los problemas de la vida psíquica y espiritual y menos aún las inevitables cuestiones del sentido y el valor que mueven al hombre [...] La nueva ontología se diferencia de la antigua en que niega semejantes limitaciones, puesto que, a partir del plano de lo dado, que está en su base, abarca tanto al ser psíquico y espiritual como el de la naturaleza [...] el espíritu no está fuera del mundo real [...] posee la misma realidad» (pp. 100 y 101).

La libertad humana no es libertad en sentido metafísico, sino por virtud de una ley categorial ontológica que parte, teniendo en cuenta los diferentes estratos del mundo de lo humano —*inorgánico, orgánico, psi-*



quico y espiritual—, de desechar el determinismo causal que implicaría el condicionamiento de lo inorgánico y orgánico respecto de lo psíquico y espiritual y del determinismo teleológico, pues falsea la realidad en tanto pretende que todo viene ordenado conforme a fines, con lo cual los estratos psíquico y espiritual estarían condicionando a los dos primeros. Sin embargo, un concepto metafísico de libertad sería imposible, pues no es dado sostener seriamente la indeterminación en el comportamiento humano, toda vez que el espíritu no puede contradecir leyes categoriales de los estratos inferiores. Resultaría, entonces, sometido por la naturaleza, de tal manera que su dominio, paradójicamente, depende de «su obediencia» a las leyes causales. El estrato espiritual configura la realidad, pero «sólo puede hacerlo si respeta su propia peculiaridad»; por consiguiente, dado que las fuerzas causales no tienen fin alguno, el hombre las utiliza para sus fines propios, puestos al servicio de la previsión y de su actividad teleológica, por lo que el poder del espíritu está en todo «aquello que se le opone» y «su autonomía es la independencia en la dependencia» (*Ibidem*, pp. 196, 200, 201, 202 y 203).

La voluntad libre no es «indeterminada, sino, al contrario una voluntad muy determinada, aunque por cierto dentro de sí misma». El hombre tiene la capacidad de «introducir sus fines en el curso de los acontecimientos», interviene en el mundo causal y siendo el «destino final» un privilegio suyo, resulta obvio que «será libre de desviar el proceso, dentro de los límites de su comprensión del nexo causal», pues a través de los medios actualiza el fin y la relación de determinación sobre la cual se apoya la característica de superioridad del espíritu, misma que reside en lo siguiente:

Con frecuencia se ha sostenido que en un mundo material causalmente determinado sin residuo, el hombre no podría realizar fin alguno. Pero justamente ocurre lo contrario. Los procesos causales son gobernables, porque no se atienen fijamente al fin último, sino que transcurren con indiferencia. Sólo son gobernables, pues, cuando el hombre conoce su legalidad y se adapta a ella; pero si esta condición se cumple, no produce ninguna resistencia activa a su gobierno. Si el mundo material, en cambio, no estuviese ya causalmente determinado, el hombre no podría gobernarlo ni realizar fines. No podría elegir ningún medio para sus finalidades. La selección se efectúa, justamente, con respecto al particular efecto causal de los medios [... Allí radica...] su poder en el mundo y su dominio sobre la naturaleza (*Ibidem*, pp. 234, 241, 242 y 243).



Nótese cómo la comprensión de Hartmann sobre la libertad se asimila mucho a la versión estoica en su explicación de la sujeción del hombre al mundo determinista de la naturaleza y la pregunta por su libertad⁷¹, aquella que, como ya se señaló, tiene un muy particular modo de entendimiento por la neurociencia moderna (Gómez Pavajeau, 2018).

Esta aproximación entre lo real, lo psíquico, lo espiritual, el sentido y el valor que mueven al hombre tuvo un impulso muy importante en Colombia con la filosofía de profesor vallenato Rafael Carrillo Lúquez, muy apreciada por nosotros.

Con Barbosa Castillo ya advertíamos la importancia del aspecto tratado, para lo cual invocábamos significativos criterios del filósofo colombiano Rafael Carrillo, quien desde 1945 afirmaba de manera magistral que para poder estimar el Derecho en su esencia, se exige que sea tratado *«como intermediario entre la persona y los valores, lo que implica ya un papel preponderante de las aspiraciones humanas»*, cuya teleología implicaba que debía ser encontrado *«realizando una integración de la ontología –termino con el cual se designa a lo lógico– y la axiología jurídicas»* (Carrillo, 1985, pp. 25, 37 y 38).

ii) Para obviar el inconveniente que muchos encuentran en la jerarquía de los principios rectores de las normas penales y en las restantes disposiciones del estatuto sustancial o procedimental, según el caso, en una buena técnica constitucional, por lo demás de tradición ya en nuestro país, y con el fin de evitar la constitucionalización de normas penales en demasía, nuestro ordenamiento jurídico puede recurrir al expediente de las leyes «cuadro» o «marco», en las que no se deja duda de su primacía sobre las ordinarias que las desarrollan⁷².

Una dogmática penetrada de política criminal, esto es, de los valores superiores de la justicia, emanados de la crítica al sistema y en búsqueda de su realización material (también dogmática valorativa, axiológica o politizada en el buen concepto de la palabra), nos lleva a un punto de

71 Para el efecto, ver Gómez Pavajeau, 2019a, pp. 43 y ss.

72 Hoy esto es una realidad constitucional, según lo pregonan los artículos 151 y 152 de la Carta Política de 1991.





unión con la criminología, pues, al abandonar esta el paradigma etiológico y enfocar su estudio en el control social (criminología crítica o de la reacción social), deja de ser una ciencia causal-explicativa para convertirse también en valorativa a partir del enjuiciamiento del sistema penal. Se une aquí lo que la historia dividió. Ya ello está patente cuando Zaffaroni (1988) señaló:

[...] lo cierto es que la expresión *política criminal* se usa desde los albores del siglo pasado y con ella se han entendido distintos entes, y ha sido clasificada como perteneciente al derecho penal, a la criminología, o como disciplina autónoma. Los criminalistas críticos contemporáneos no se plantean en general el problema, pero parece ser coherente que la consideren como parte de la criminología o que prefieran no hacer referencia a la misma, como resultado de la función crítica que, con algunas variantes menores, asume toda la criminología de la reacción social (p. 20).

Para Welzel, la estructura lógico-objetiva más importante desde el punto de vista del desarrollo dogmático era el concepto de acción final. De allí que, a partir de su teoría de la acción final, la separación de las categorías del delito no será dada por un corte vertical, sino horizontal. Esto genera subcategorías dogmáticas con naturaleza objetiva y subjetiva como sucede en la tipicidad con el tipo objetivo y subjetivo, en la antijuridicidad con los elementos objetivos de la justificantes y los elementos subjetivos de la justificante y en la culpabilidad con el aspecto subjetivo de la capacidad de culpabilidad y la consciencia de la antijuridicidad y el objetivo del reproche vertido en la fórmula de la inexigibilidad de otra conducta.

Por obra del finalismo, a partir de los años cincuenta del siglo pasado, todos los países de la cultura occidental, y muchos otros de culturas tan dispares como Corea del Sur, Japón y Grecia, admiten en Derecho penal que el dolo es un asunto de la tipicidad, afirmación también aceptada para el Derecho disciplinario, pues le reconoce su estatus de «elemento cofundador de la tipicidad» (Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, 2017, pp. 381 y ss. Muy especialmente, pp. 388 y ss.). Esto es, se repite citando a Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, que «en la actualidad, desde el finalismo, si bien prescindiendo de los planteamientos de base de éste, se rechaza mayoritariamente que el dolo o la culpa sean elementos integrantes del juicio de culpabilidad, lo cual se argumenta de muy diverso modo» (*Ibidem*, p. 435).



La filosofía jurídica, fundamento del constitucionalismo moderno, ha sido alimentada sin duda alguna por la filosofía de los valores (Cfr. Carrillo Lúquez, 1947, pp. 35 y 43), de manera que la interpretación judicial ha sido permeada por un supramétodo de interpretación integral e integrado llamado «*Dogmática Jurídica*»⁷³, que utiliza el andamiaje normativo de una manera sistemática –*Jurisprudencia de Conceptos*–, teleológica –*Jurisprudencia de Intereses*– y axiológica-sociológica –*Jurisprudencia de Valores*–, lo que lo integra con el Orden Público Internacional de los Derechos Humanos (artículos 1, 2, 4, 93 y 94 de la Carta Política y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos)⁷⁴.

De por sí, la filosofía tiene una tendencia axiológica; por ende, si los filósofos jurídicos se nutren de la filosofía de los valores, lo que implica necesariamente que se le ha ganado la partida al «formalismo jurídico», resulta obvio, dice el gran filósofo vallenato, que se imponga una «*dirección axiológica del derecho*» (Carrillo Lúquez, pp. 42, 43 y 4).

Una dirección axiológica del derecho, a su vez, comporta una «*ética material de los valores*» (*Ibidem*, p. 43), donde se reclama que los mismos abandonen el simple formalismo y se constituyan en realidades⁷⁵.

Max Scheler, fundador y, por supuesto, quien acuñó la expresión «antropología filosófica»⁷⁶ –*que nosotros hemos ampliado a «neuroantropología filosófica»*⁷⁷–, afirma que la realización de los valores debe ser una realidad, así en ciertas o en muchas ocasiones no se realicen, especialmente cuando se trata de los valores más altos (Cfr. Carrillo Lúquez, 1947, p. 34).

73 Para el efecto, Gómez Pavajeau, 2017c, pp. 321 y ss.

74 Para el efecto, Gómez Pavajeau, 2017d, pp. 155 y ss.

75 «Cuando el sentido literal de una norma no permite establecer claramente su campo de aplicación, debe el intérprete acudir a referencias extrajurídicas de interpretación [que] arrojen luces suficientes acerca del verdadero y preciso sentido que encierra la norma que se quiere interpretar», como «aquellas circunstancias de orden fáctico y político que le dieron origen» (Corte Constitucional. *Sentencia C-544 de 1996*. M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa).

76 Para el efecto, Gómez Pavajeau, 2011, pp. 27 a 42.





Los valores, por su misma ontología, son trascendentes –dice Carrillo Lúquez– y como obra humana tiene que ser llevada a la realidad, toda vez que «el hombre no se entrega a crear lo que él no puede realizar, pues ya lo uno implica a lo otro», por lo que «viendo las cosas en su fondo, creación y realización es lo mismo» (*Ibidem*, pp. 22, 24, 25 y 29).

El valor es conciencia universal. Tiene naturaleza objetiva y conlleva la creación de un «sistema axiológico», mismo que, por supuesto, implica una «dirección axiológica»; en otras palabras, tiene necesariamente que trascender como «aceptación de una realidad primaria» que lleva a su ontologización en cuanto y tanto el valor es «principio fundamental de la vida misma» (*Ibidem*, pp. 22, 21, 22)⁷⁸.

Hemos mencionado a un filósofo colombiano que escribió en 1947, muy seguramente madurando sus ideas con muchos años de anticipación, pero esas palabras, muy bien dichas, podrían y pueden estar en boca gramaticalmente de cualquier constitucionalista moderno y contemporáneo. De todos modos, la similitud sustancial o material con lo que se ha dado en llamar interpretación constitucional, es asunto que sorprende, sobre todo, si se tiene en cuenta que las primeras constituciones de corte material, que ejemplifican el estado actual de la cuestión en occidente, datan de 1947 (italiana) y 1949 (alemana).

Un hombre visionario, cuyo valor no ha sido advertido en Colombia en materia constitucional, inspirado en Kelsen y su Teoría Pura del Derecho, comprendió, como muy pocos y a temprana edad del constitucionalismo moderno, el valor trascendente que adquiriría en los recientes años. Hizo de un formalismo jurídico anclado en la validez formal de la norma del constitucionalismo antiguo o legalista, el puente de paso al constitucionalismo moderno anclado en la legitimidad material antes que en lo otro, lo que caracteriza a las constituciones de corte material como la española de 1978 y la colombiana de 1991, para las que parecería escribir si no supiéramos que estamos hablando de una publicación de 1947, cuyas tesis, muy seguramente, fueron concebidas y maduras con mucha anticipación.

77 Para el efecto, Gómez Pavajeau y Gutiérrez de Piñeres Botero, 2017, pp. 211 y ss.

78 Sobre los principios rectores consultar a Gómez Pavajeau, 2017e, pp. 53 a 80.





El relativismo de los valores, que resulta superado con el constitucionalismo de posguerra y sus constituciones expresivas, lo logra concebir Carrillo Lúquez con su propuesta visionaria, pero muy probablemente no entendida en nuestro país, pues tomando como punto de partida a Max Scheler, uno de los grandes padres de la filosofía de los valores y, muy especialmente, quien acuñó la expresión «*antropología filosófica*» (Max Scheler, 2000, pp. 79, 115, 120 y 122), que resulta muy cara para los directores de esta investigación, plantea al mundo ya una visión de los valores constitucionales fundados en el hombre, quien es precisa y exclusivamente el que los puede «*captar a plenitud y en su importancia*». Por ello, igualmente al ser «captada la teoría del valor como objetividad», dotada de trascendencia, resulta «elevada al rango de objetividad» (Cfr. Carrillo Lúquez, 1947, pp. 14 y 15).

La filosofía de los valores y, por supuesto, la antropología filosófica suministraron los fundamentos para superar el relativismo en los valores, al introducir un «reino objetivo» (*Ibidem*, pp. 9 y 11), concepto que fue apprehendido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Solo cuando se realiza el valor se obtiene el reconocimiento y se constata su trascendencia en términos de su *epojé* (*Ibidem*, p. 29.), es decir, en términos de excelencia. En nuestro sentir, ello equivale a lo que se conoce en la jurisprudencia constitucional como «*justicia material*», esto es, aquella realizadora de la justicia sustancial a cargo de los jueces de la República como lo disponen el Preámbulo y el artículo 228 constitucionales.

Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado que en el Estado social de derecho el juez ya no es un funcionario frío que de manera irreflexiva aplica la ley⁷⁹, sino que por encima de las formas jurídicas proyecta, para poder asumir su responsabilidad como un servidor garante, vigilante y activo de los derechos materiales en la cambiante realidad subyacente⁸⁰. Por lo anterior, el Tribunal Constitucional ha señalado que el juez que exige el pueblo mediante la Carta Política tiene dos funciones funda-

⁷⁹ Corte Constitucional. *Sentencia T-264 de 2009*. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁸⁰ Ver *Sentencia C-159 de 2007*.



mentales y primordiales que son⁸¹: «(i) la obtención del derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad. Estos dos mandatos, a su vez, constituyen el ideal de la justicia material»⁸².

La justicia material como valor constitucional ha sido consignada en precedentes judiciales de aplicación obligatoria como se puede ver en las siguientes afirmaciones: El ideal de justicia material es «consustancial al Estado Social de Derecho que emerge de los principios, valores y derechos constitucionales»⁸³. El principio de justicia material ha sido calificado como «un valor superior del orden constitucional»⁸⁴ y, por tanto, es deber del juez «hacer efectivo el principio de justicia material»⁸⁵, lo que impone la idea según la cual «el juez del Estado Social de Derecho debe optar necesariamente por satisfacer las exigencias concretas de la justicia material»⁸⁶.

Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el principio de justicia material está ligado con el principio de vigencia de un orden justo y, por lo tanto, con la obligación del Estado de promover ese orden⁸⁷.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha mencionado que el principio de justicia material no permite que se aplique de manera mecánica y formal la ley en la definición de una situación jurídica específica, sino que requiere tener en cuenta y preocuparse por las consecuencias de la decisión y por el o los destinatarios, ya que a través de la misma se deben concretar los principios, valores y derechos constitucionales⁸⁸.

81 Corte Constitucional. *Sentencia SU-768 de 2014*. M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

82 Corte Constitucional. *Sentencia SU-768 de 2014*. M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

83 Corte Constitucional. *Sentencia T- 53 de 1994*. M. P.: Antonio Barrera Carbonel. Reiterada por la *Sentencia T-084 de 1998*.

84 Corte Constitucional. *Sentencia C-004 de 2003*. M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

85 Corte Constitucional. *Sentencia C-199 de 2002*. M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

86 Corte Constitucional. *Sentencia T-597 de 1992*. M. P.: Ciro Angarita Barón.

87 Corte Constitucional. *Sentencia C-306 de 2012*. M. P.: Mauricio González Cuervo.

88 Corte Constitucional. *Sentencia T-339 de 2015*. M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio.





Es posible que el principio de justicia material «entre en conflicto con otros principios como el de certeza, seguridad y objetividad jurídica, caso en el cual, si no se tratare de normas prohibitivas o de mandato, la ponderación jurídica impone su prevalencia; puesto que “el principio de justicia material podría prevalecer sobre cualquier consideración legal”⁸⁹ y sobre criterios formales»⁹⁰.

Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha indicado que **la aplicación de este principio es obligatoria en las actuaciones y decisiones de los jueces en el análisis de los casos concretos en donde al realizar el estudio probatorio deben evitar caer en el exceso ritual manifiesto** y en la inobservancia del material probatorio, para acogerse a los postulados, contenidos y principios constitucionales de forzosa aplicación, como la preponderancia del derecho sustancial sobre las formas (Resaltado fuera de texto).

El valor, que está más allá de la norma suprema que es la Constitución, le imprime a esta su sentido axiológico, creando un sistema axiológico que direcciona, en tal sentido, la interpretación y aplicación de la norma jurídica. La norma jurídica, para la época en que escribió Carrillo Lúquez, daba cuenta en términos del positivismo jurídico legalista de un supuesto de hecho y otro de derecho, a partir de lo cual funcionaban los conceptos de «*relación proposicional lógico-conceptual*» o «*relación proposicional lógico-imputativa*», que en términos de equivalencia se correspondería con lo que modernamente se conoce como «*normas reglas*». No obstante, también afirma que si estas normas valen en tanto pertenecientes al sistema positivo, otras no consignadas por este también valen (Cfr. Carrillo Lúquez, 1947, pp. 63, 70 y 71), lo que sin duda alguna anticipaba el contenido de lo que es hoy el artículo 94 de la Carta Política, según el cual la inexistencia de regulación positiva de derechos fundamentales inherentes a la dignidad humana no será óbice para reconocerlos, lo que ratifica el literal c) del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos en armonía con el artículo 93 de la Carta Política.

89 Corte Constitucional. *Sentencia T-058 de 1995*. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

90 Corte Constitucional. *Sentencia T-339 de 1997*. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

91 Corte Constitucional. *Sentencia T-339 de 2015*. M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio





Y ello es así, en tanto la norma «es un esquema de interpretación», por lo que «irradia sentido jurídico sobre la situación de hecho que es una determinada conducta humana», y así todo acto y acción humana están referidos «a norma y valor» con sentido jurídico, dado su «sentido objetivo, que recibe en última instancia de la norma suprema, fuente de toda juridicidad» (*Ibidem*, pp. 71 y 72).

Todo valor proviene de la comunidad y de ello da cuenta la filosofía del derecho, de manera que «norma originaria y valor coinciden», es una «instancia metajurídica» donde norma y valor se equiparan (*Ibidem*, pp. 71 y 81). En términos modernos, lo anterior significa que los valores constitucionales son normas, valen en cuanto tal, en cuanto y tanto la constitución es «norma de normas o norma que norma», según sus artículos 1, 2 y 4 de la Carta Política.

Si ello es así, entonces, como dice Carrillo Lúquez, «cuando se nos dan los valores, lo hacen viniendo acompañados de un deber ser realizados», toda vez que «el deber ser es una relación adherida al valor y a la norma originaria, transmitiéndose de la norma originaria al resto del ordenamiento jurídico positivo», por lo que el juez debe, en cuanto hombre, captarlo inteligentemente y realizarlo, habida cuenta de que se hace imperativo por virtud de «la conexión en que se encuentran las **relaciones proposicionales lógico-imputativas** y las **relaciones proposicionales lógico-axiológicas**» (*Ibidem*, pp. 76, 77 y 83). Lo anterior muestra la relación hoy existente entre **normas-regla** y **normas-principio**⁹² a las cuales equivalen, respectivamente, los dos tipos de proposiciones antes mencionadas por el filósofo vallenato.

De allí que diga, por supuesto partiendo de una ontologización de los valores, que «el ser en sí, es, pues, una característica común de la norma originaria y el valor» (Cfr. Carrillo Lúquez, 1947, p. 75.), esto es, de los principios, valores y derechos constitucionales fundamentales y de las normas que componen el ordenamiento jurídico positivo, particularmente de aquellos provenientes del Orden Público Internacional de los Derechos Humanos, como cometidos de los jueces de la República⁹³.

92 Para el efecto, Gómez Pavajeau. *Principios rectores y Derecho Disciplinario en Colombia*.

93 Para el efecto, Ordóñez Solís, 2004, pp. 32 y 91 y Gómez Pavajeau y Otero Suárez, 2019.





Por ello, muy claramente dice García de Enterría que «la instauración del Estado Legislativo en Europa con la Revolución Francesa intentó reducir al Juez a una máquina neutra de subsumir hechos concretos en los supuestos de las Leyes»⁹⁴.

El juez sobre la base del ordenamiento jurídico, presidido principalmente por la Carta Política como «norma de normas» (artículo 4 de la Carta Política) y la teoría de los derechos fundamentales producto del constitucionalismo moderno, no es la mera boca de la ley, sino esencial, principal y fundamentalmente un creador de la «regla jurídica» aplicable al caso concreto sometido a su estudio. Esto es, como lo ha entendido la doctrina, el juez es a quien en un moderno Estado social de derecho le compete asegurar la justicia material: «La responsabilidad por la solución justa de los casos particulares se traslada progresivamente de la ley al tribunal» (Vol, 2005, p. 209.).

El juez tiene la tarea fundamental de superar el razonamiento silogístico de otras épocas, puesto que le compete no solo buscar una solución conforme a la ley, sino «también equitativa, razonable y aceptable», esto es, «justa y conciliable con el derecho en vigor». Debe superar la demagogia y la exageración de lo puramente formal en detrimento del contenido (Alexi, 2001, pp. 26 y 29).

Ha dicho Ordóñez Solís, siguiendo a Perelman, que «el juez ya no es la mera boca de la ley, al moverse dentro de un importante margen de apreciación, donde elige no sólo con fundamento en las reglas aplicables de Derecho sino por la búsqueda de la solución que mejor se adapta a la situación. Y es inevitable que sus elecciones las haga en función de juicios de valor»; por tanto, de manera inconcusa, «se transfiere al juez la responsabilidad de considerar las posibles soluciones alternativas» (Ordóñez Solís, 2004, pp. 21 y 32).

Las estructuras lógico-objetivas de Welzel, por obra de Carrillo Lúquez, hoy deben ser entendidas como estructuras lógico-objetivo-valorativas, pues en su naturalismo preñado de sentido tienen que entrar la dignidad

⁹⁴ Eduardo García de Enterría en el prólogo al libro de Bernard Schwartz. *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*. Madrid, Civitas, 1990, p. 10.



del ser humano y los derechos inalienables de la persona, de conformidad con la exigencia que contienen los artículos 1, 4, 5 y 93 de la Carta Política en armonía con el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Debe precisarse que el modelo finalista se impuso en su continente, pero no su contenido totalmente, por lo que se conoce como el postfinalismo o síntesis neoclásico-finalista, que impone un giro en la construcción de las categorías dogmáticas, puesto que en la dogmática tradicional —*clásica, neoclásica y finalista*— el diagrama de construcción da una visión que parte de izquierda —*acción*— a derecha —*tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad*—, que generan la *pena*. En esta nueva etapa, que podría decirse arranca a partir de 1960, la construcción se hace de manera invertida, esto es, de derecha —*función del Derecho penal y de la pena*— a izquierda —*acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad*—, o al menos se produce una retroalimentación recíproca entre dichos componentes. Es el modelo de la teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho. Bien podríamos denominarla: el modelo de construcción teórico contemporáneo.

Ya aquí no podemos decir, como en las teorías dualistas con preferencia subjetiva, que poco importa el tipo objetivo, puesto que el tipo subjetivo constituye en principio ya la tipicidad en cuanto al poder fundante que se otorga al peligro *ex ante* desde la mera perspectiva del autor o desde la del espectador objetivo con el conocimiento de este. El juicio de adecuación típica se hace desde la representación del autor, tomada como dogma inamovible.

No obstante, pareciera que es imprescindible estudiar primero el tipo objetivo y luego tratarse la perspectiva *ex ante* del autor valorada por un espectador objetivo, como impulso para el estudio del tipo subjetivo. Allí se va de lo fundante a lo cofundante, pues este no podría ser estudiado antes que el fundante, esto no tendría sentido lógico.

Para la estructuración de nuestra posición, partimos de la afirmación de Ferrajoli, según la cual el derecho constitucional de los derechos fundamentales es un derecho sobre el derecho, que impone límites y vínculos jurídicos a la «*producción jurídica*» y ello no supone «eliminar o de poner en crisis la separación entre derecho y moral realizada con el primer positivismo, sino por el contrario, de completar el paradigma positivista y





al mismo tiempo el Estado de derecho». Allí, la ciencia jurídica, cuando la ley se separa de la Constitución, tiene como misión la «crítica del derecho inválido aunque vigente», lo que la obliga a una «reinterpretación del sistema normativo en su totalidad a la luz de los principios establecidos en aquélla» y acorde «con principios positivos de justicia estipulados en normas supraordenadas a la legislación» que dependen de la idea de la positivización de los derechos fundamentales, donde estos se erigen «como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva». Lo anterior cambiaba el paradigma sobre el cual se edificaba el «paradigma positivista clásico», que se sustentaba en la idea del principio de legalidad formal, mismo que establecía que «una norma jurídica, cualquiera que sea su contenido, existe y es válida en virtud, únicamente, de las formas de su producción» (Ferrajoli, 2001a, pp. 52 a 55).

Aquí, particularmente, tiene cabida plena la afirmación de Roxin según la cual «el Derecho penal debe medirse con el parámetro de la dignidad humana (artículo 1 de la Ley Fundamental) y los demás derechos fundamentales» (Claus Roxin, 2016c, p. 393). Esto resulta, a todas luces, aplicable a Colombia si se tiene en cuenta que el artículo 1.º de su Carta Política, sobre **PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL ESTADO**, establece que la dignidad de la persona es el fundamento del orden jurídico.

Sin duda, como dice Ferrajoli, «el deber constitucional de garantizar los derechos fundamentales positivamente consagrados» impone, correlativamente de manera imperativa, «el deber ser de la coherencia interna entre normas constitucionales y normas legales por respeto al principio de no contradicción» (Ferrajoli, 2001b, p. 171).

La norma constitutiva del injusto no solo tiene carácter de norma de conducta, también, teleológicamente, está conectada con la protección de un bien jurídico con lo que pierde fuerza su carácter imperativo que de no contenerse implicaría abrir la compuerta o dar pábulo para los abusos estatales. Significa esto, sin más ni más, que el bien jurídico, entendido como la protección de intereses vitales para el individuo, la comunidad o el Estado en sentido material, no podrá ser visto solo como «un presupuesto formal de incriminación» (Cfr. Tavares, 2004, pp. 25 a 27).

Entendemos, como hemos propuesto hace mucho tiempo, una dogmática más allá de la Jurisprudencia de Conceptos y un paso más allá de la





Jurisprudencia de Intereses, que se adentre en la Jurisprudencia de Valores para insertarse en una interpretación a partir de principios, valores y derechos constitucionales fundamentales acorde con el constitucionalismo moderno. Antes que cualquier aspecto lógico formal, que no resulta para nada desdeñable, procuraremos una correspondencia valorativa con la idea de justicia en un marco axiológico constitucional, que dé cuenta de una «*jurisprudencia de valoraciones*» (Cfr. Canaris, 1998, pp. 30, 50, 51, 57 y 59).

La filosofía enfatiza en cómo debe existir una «congruencia necesaria entre el motivo y el fin de la acción», esto es, «entre lo que debió haber sucedido y lo que sucedió», muy especialmente en el Derecho, que está informado por fines objetivos, como resulta ser el logro de la «racionalidad de las instituciones jurídicas», donde «interés y fin» resultan fundamentales «en la fenomenología de la consciencia moral y jurídica» y fueron llevados a su campo por obra de Ihering, cuya doctrina tiene «carácter de doctrina final», afirma Petrone. Tal fue una labor de aquel en la filosofía del Derecho y, por otra parte, la idea del fin fue enfatizada en la filosofía por Hartmann, por lo que se concibió muy claramente que «todo ser inteligente obra con un fin» y ese fin utiliza activamente a la causalidad, puesto que la «volición es espontánea provocadora del influjo final. La causa pertenece al pasado, el fin al futuro, pues el fin es una anticipación del futuro» (Petrone, 1896, pp. 59, 70 y 71), lo que revela que finalidad no se identifica con mera imaginación como lo entienden al borde del mero formalismo jurídico los defensores de las teorías subjetivas, toda vez que «*decir conocimiento es tanto como decir representación*» y por supuesto, «*la representación expresa una relación de la conciencia con las cosas, del sujeto con el objeto. Expulsar, pues, a la conciencia del fenómeno del conocimiento es suponer un conocimiento sin sujeto que conozca: como si pudiera haber objeto (ob-jectum) sin un sujeto que ob-jicitur en el mundo externo*»⁹⁵, algo impracticable y no dado en las tentativas supersticiosa, irreal o inidónea.

⁹⁵ «Una dialéctica de solo conceptos y que solo de conceptos se alimenta, será un procedimiento meramente analítico y no hará adelantar un paso en el camino de la invención» (Petrone, 1896, pp. 146 y 162).





El abordaje del injusto se hace, primero, desde el estudio del tipo objetivo y, después, desde el tipo subjetivo, teniendo en cuenta que tanto lo material como lo psíquico hacen parte del mundo real, como también los valores y su significado para el espíritu. Así lo señalaba Hartmann en su nueva ontología. Sin embargo, debe considerarse, muy especialmente, que si bien antes solo se prestaba atención a la materialidad desde el punto de vista del ser, es obvio que con la moderna ontología se propone que, asimismo, la realidad psíquica —«*La vida humana consiste, pues, en una indivisible interpretación de lo interno y externo*»— es un asunto del ser, al lado de lo espiritual y, entre las manifestaciones de este, lo concerniente al lenguaje, el saber, la valoración, el derecho, etc. (Hartmann, 1954, pp. 102, 103 y 129).

La acción humana lo es por una «determinación final» que «abarca la totalidad del reino de la actividad consciente, incluyendo el querer y obrar éticos. El nexo final no es la simple inversión del causal. Su estructura es considerablemente más complicada. Se le puede dividir en tres fases: la presentación del fin, la elección de los medios y su realización mediante estos. Las dos primeras fases se desarrollan en la conciencia; la tercera es un proceso real que sucede en el mundo externo. El eslabón intermediario es el propiamente característico, pues la elección de los medios retoma desde el fin concebido al primer eslabón, con lo cual comienza su realización. Esta determinación regresiva de los medios hace que el proceso teleológico se determine desde su término (el fin)». Se destaca la posición del fin y la elección regresiva de los medios en el «obrar teleológicamente consciente», lo que supera el estrato de la relación causal por la «autodeterminación de la voluntad» (*Ibidem*, pp. 162, 163 y 167).

¿Será que todo aquello que se denomina como tentativa supersticiosa, tentativa irreal o tentativa inidónea *son actos ejecutados a partir de un «obrar teleológicamente consciente», que supera el estrato de la relación causal por la «autodeterminación de la voluntad»?*

Por ello, debe tenerse en cuenta que todo lo real, que está inmerso en el fluir y el devenir de la movilidad, «abarcado por un constante nacer y morir», hace parte de «la clase del ser, propia de lo real», sean cosas, seres vivos u hombres. Pero ello no debe ser abordado como un sistema rígido, dice Hartmann, como si el mundo estuviera «*ya concluido*» que habría que aceptar como mero *factum* y en el cual nada nos quedaría





por hacer». Todo lo anterior aplica para la «vida, el querer, el obrar, las decisiones y las iniciativas» como hechos reales que son, que tienen importancia y significación (*Ibidem*, pp. 106 y 107).

El hombre ante toda actividad busca medios para «realizar sus fines», los elige ante un mundo diverso y ante el mismo «manifiesta su diversidad», pues casi todo está abierto a su «querer» y para «imponerse en este mundo está obligado a conocerlo y comprenderlo; sólo lo dominará haciéndolo entrar en el ámbito de sus fines e intereses en la medida en que siga sus leyes», donde reside el secreto del poder técnico humano para transformar «dentro de los límites que [esas leyes] posibilitan». Especialmente el hombre, dada su «*unidad copórea-anímica*» y su herencia biológica e histórica, arroja como resultado que cada persona o individuo es diverso en cuanto a sus «*peculiaridades corporales y psíquicas*» que se expresan en los confines de su «*variabilidad*», su «*plasticidad*» y de su «*capacidad de transformación*» necesariamente relacionadas con factores externos, que, por cierto, tienen una «*incalculable participación en el dominio de lo psíquico*» que nadie puede desconocer, por lo que lo exterior «está objetivamente configurado», mientras que lo interior es «*subjetivo, indiferenciado y difuso*» (*Ibidem*, pp. 109, 110, 118, 119 y 121).

Los actos de conciencia son diversos en contenido en su expresión psíquica, pero no es menos cierto que el hombre, como ser espiritual, si bien tiene que someterse a las leyes de la naturaleza, también goza de libertad de voluntad. Esta es una visión de una nueva antropología, que reúne lo psíquico y lo espiritual donde este trasciende «la conciencia del individuo» y «la conciencia se separa de su subordinación a lo vital y se torna espiritual» más allá de la «ordenación objetiva del espíritu» donde encontramos la historia, el lenguaje, la literatura, el arte, el derecho, etc., sin que tenga absoluta autosuficiencia como indicaban los idealistas. Dice Hartmann: «la independencia del espíritu [...] es [...] autonomía en la dependencia» (*Ibidem*, pp. 124, 125, 128 129, 130 y 131).

Pues bien, el derecho como ordenación objetiva del espíritu, no toma en forma rígida las realidades para configurar teleológicamente sus instituciones. Aquí, debe advertirse que no sería sensato y coherente atender lo psíquico desde su subjetividad, indiferenciación y difusión, so pena de tener que llevar a cabo ajustes individuales a la norma de mandato respecto de cada específico y particular individuo, dado que su con-





Modelos de injusto penal desde la perspectiva de las normas objetiva de valoración y subjetiva de determinación

ciencia y representación mental están gobernadas por la variabilidad. La norma como expresión de una ordenación objetiva del espíritu dependería puntualmente de una individualidad y se difuminaría en tantos entendimientos como sujetos existieren, perdiendo así su capacidad de dirigir objetivamente al colectivo de ciudadanos⁹⁶, de tal manera que no resulta coherente con ello partir primero del tipo subjetivo y después pasar a estudiar al tipo objetivo; lo correcto parece ser, en consecuencia, partir del tipo objetivo y luego de constatada su existencia, abordar el tipo subjetivo. Lo anterior resulta compatible con la afirmación de Hartmann (1954), según la cual resulta equivocado un psicologismo «que pretende explicar todo el mundo espiritual a partir de condiciones y procesos anímicos», propio de los garrafales errores de los monismos que trabajan sobre la base de prejuicios en «favor de la simplicidad», lo cual se refleja en la «tendencia conceptual por considerar el mundo entero de modo tan unitario como sea posible» (pp. 142 a 144), como se advierte en las tesis defendidas por los partidarios de un monismo subjetivista en la concepción del injusto.

Por su parte, Hartmann también advertía «que en un mundo material causalmente determinado sin residuo, el hombre no podría realizar fin alguno», habida cuenta de que «los procesos causales son gobernables, porque no se atienen fijamente al fin último, sino que transcurren con indiferencia». De lo anterior se entiende, entonces, que «sólo son gobernables, pues, cuando el hombre conoce su legalidad y se adapta a ella», y «si el mundo material, en cambio, no estuviese ya causalmente determinado, el hombre no podría gobernarlo ni realizar fines. No podría elegir ningún medio para sus finalidades. La selección se efectúa, justamente, con respecto al particular efecto causal de los medios [... allí radica...] su poder en el mundo y su dominio sobre la naturaleza» (*Ibidem*, pp. 234, 241, 242 y 243).

El legislador no tiene el poder absoluto para disponer de la materia de la prohibición si quiere hacer regulaciones racionales que no desborden la realidad y se inmiscuyan en campos de la conciencia humana que no

⁹⁶ Ya Beccaría (1994) intuía, de una manera magistral, tal crítica: «Sería, pues, necesario formar, no sólo un código particular para cada ciudadano, sino una nueva ley para cada delito» (p. 21).



son posibles de intervenir como la libertad de creencia, conciencia y pensamiento a disposición del régimen absolutista medieval, donde el individuo se encontraba a merced del poder político material sin posibilidad de control jurídico alguno. El nacimiento del Estado moderno, precisamente, radica en esa nueva peculiaridad, solo tiene legitimidad para intervenir ante hechos socialmente relevantes, los cuales no pueden ser otros que aquellos que dan cuenta de la exteriorización del mundo interno del sujeto, pero donde la intervención se construye de afuera hacia adentro y no al contrario como en la Edad Media donde regía un paralelismo absoluto entre la in-corrección externa del acto y su in-corrección interna. Ahora en la modernidad, suplida por un análisis subsecuente y sucesivo ordenado previamente por el Derecho como garantía del fuero interno del individuo, pues éste solo es intervenido en la medida en que el sujeto con su conducta produzca en el mundo social de alteridad del Derecho, una interferencia intersubjetiva en los derechos de los demás, lo que venía acotado por la fórmula francesa de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, según la cual «*mis derechos van hasta donde comienzan los derechos de los demás*», capitalizada de manera plena y pletórica de sustancialidad por el artículo 16 de la Carta Política de 1991.

Lo anterior significa, sin más ni más, que es requisito necesario para la comprensión de la existencia de un injusto o lo antijurídico, el que un sujeto haga un uso abusivo de su fuero externo que encarna su libertad, el cual, una vez constatado, autoriza la averiguación del fuero interno en cuanto a si se procedió con dolo o culpa. Esto es, que no hay lugar a dudas de que el fuero externo obra jurídicamente en el moderno Estado de derecho como un límite cualitativo previo y necesario para la averiguación del fuero interno, así como que este se ocupa del estrato y de la conciencia psíquica en palabras de Hartmann, como autodeterminación de la voluntad, cuya garantía de respeto para la dignidad humana, en cuanto valoración, se completa con la exigencia del juicio de suficiencia que reclama el análisis del fuero interno representado por la culpabilidad. Dicho límite es de carácter cuantitativo, puesto que no es dable intervenir más allá de la averiguación de esta, en tanto el juicio subsecuente y sucedáneo del fuero externo, primero, y fuero interno, después, busca mantener indemne la libertad de conciencia, de creencia y de pensamiento para el aseguramiento de un Derecho penal de acto; lo anterior, por el contrario de un derecho penal de autor, del ánimo o de la



voluntad como se desprende de la dignidad de la persona y la regulación muy especial de Colombia al derecho de estatus activo de libertad o libre desarrollo de la personalidad (artículos 1 y 16 de la Carta Política).

Y la protección del sistema constitucional de los derechos de tal orden, que se eleva a la garantía de la mínima intervención del Derecho penal, se funda en la idea teleológica constructiva de lo jurídico de «*los derechos de los demás y no sólo del orden jurídico*», como núcleo duro de la dignidad humana como se desprende de los artículos 1, 2, 6 y 16 constitucionales, en connivencia absolutamente necesaria con el artículo 86, que estructura la protección de los derechos constitucionales sobre la base de amenazas reales.

El artículo 86 constitucional, al disponer que el sistema de máxima protección se edifica sobre la «*protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión*» de las autoridades o de otros particulares por virtud de los efectos horizontales de los derechos fundamentales, descarta la admisión de amenazas inocuas, supersticiosas, inidóneas, irreales o imaginarias solo presentes en la mente de los sujetos. Dicha situación no crea relevancia social y jurídica, pero sí ética, que no es la ocupación del Derecho penal, hasta el punto de que la respuesta a un reclamo de protección revela de manera indubitable que nunca puede tener como objeto una amenaza ficticia, toda vez que la misma norma se caracteriza por enfatizar que «*la protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo*». Así mismo, no puede haber hesitación alguna, pues debemos encontrarnos ante un «*perjuicio irremediable*» como requisito *sine qua non* de la procedencia y urgencia de actuar contra la amenaza por medio de un mecanismo extremo que obra de manera subsidiaria, lo que implica que solo detalla la falta de un mecanismo diferente para su procedencia, pero donde también esos perjuicios ciertos e irremediables ante amenazas deben estar presentes en los mecanismos alternativos.

No son ejercicios de libertad social y jurídicamente relevante aquellos actos que solo gravitan en el vacío constitucional de la amenaza imaginaria, así esta sea concebida *ex ante*, con o sin espectador objetivo paralelo al autor de la acción, puesto que es absolutamente obvio que en los eventos de tentativas supersticiosas, irreales, inidóneas, o en fin





imaginarias, bajo una representación mental fallida y no correspondiente con la realidad, no son ejercicios de conducta humana en su sentido prístino de atender lo interno y lo externo de manera congruente, pues allí se estaría dando rienda suelta a una forma de idealismo teleológico incompatible con el único concepto válido de libertad compatible con la realidad. Hartmann se refirió a dicho concepto cuando señaló que solo se constituye como tal cuando «los procesos causales son gobernables [y no] no se atienen fijamente al fin último, sino que transcurren con indiferencia». Allí, la gobernabilidad depende de que el hombre conozca «su legalidad y se adapte a ella», puesto que en lo que no es «ya causalmente determinado, el hombre no podría gobernarlo ni realizar fines».

Ya lo advertía el mismo Hartmann cuando se refirió a la «*teleología de las formas*», según la cual todo está ordenado previamente y solo puede captarse bajo el influjo de «un idealismo de la razón» que nos lleva a una visión panteísta del mundo, al margen de las categorías ontológicas de lo psíquico y lo espiritual; esto, por supuesto, muy a pesar de que la libertad se soportó en ello por mucho tiempo, por lo que termina desconociéndola por irreal. Lo mismo sucede en un ámbito causal determinístico, pues la libertad del espíritu solo se explica por «*su facultad de conocer y planificar dotada de la capacidad de realización*», toda vez que se demanda para el individuo «*una orientación objetiva en el mundo*» que dé cuenta de «*la intelección de lo posible y la planificación regida por fines*», lo que excluye en nuestro sentir los peligros imaginarios, pues los medios requeridos para el ejercicio de la acción final y la obtención de lo que se ha propuesto el hombre dependen del poder «*en la previsión*». En cuanto a la libertad, solo puede ser entendida como una autonomía de la «*independencia en la dependencia*» (*Ibidem*, pp. 196, 199, 200, 202 y 203¹), dependencia que se constituye en un salto en el vacío cuando se trata de meros peligros imaginarios, donde la misma no tendrá cabida alguna aunque puedan subsistir los fines, aspectos que parece no fueron considerados por Welzel y, por supuesto, menos por sus descendientes intelectuales subjetivistas extremos.

Hartmann dice con contundencia que «*la libertad de la voluntad sólo es posible cuando, en general, existe una libertad dentro de la dependencia*»; es decir que lo contrario es una mera construcción metafísica, donde el indeterminismo contraviene la ley categorial fundamental que posibilita hablar de libertad, «pues anula la mayor fuerza de las categorías inferio-





res *–inorgánicas y orgánicas–*, con lo cual interrumpe el trazo de las series dependientes de la ordenación inferior en favor de la libertad de voluntad (es decir, de un acto espiritual)» (*Ibidem*, pp. 232, 233 y 235); de manera que, *a contrario sensu*, al no existir dicha dependencia en lo imaginario, sería un despropósito hablar allí de un ejercicio de voluntad real.

En relación con lo anterior, Hartmann manifiesta:

En efecto, la voluntad es actividad, y aquello hacia lo cual tiende siempre es la realización de fines. Si éstos no estuviesen, en principio, abiertos al hombre, su voluntad no podría acertar seriamente en sus decisiones: estaría condenada a impotentes aspiraciones y carecería de auténtica responsabilidad, por no tener la fuerza de la acción. Por eso, la libertad de la voluntad y la moralidad dependen, con absoluta claridad, de la estratificación categorial de las formas determinantes y sin ellas no serían posibles (*Ibidem*, p. 243).

El Preámbulo constitucional así lo indica y señala la idea directriz subyacente al orden jurídico constitucional, pues este tiene existencia en razón de *«asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo»*. El artículo 2.º lo ratifica y, además, destaca la función constitucional de las autoridades públicas que es *«asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo»* con un propósito muy claro: *«están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares»*.

La simple rebelión de la voluntad contra el mandato estatal, sin consecuencias sociales y relevancia jurídico-penal, no hace parte de la regulación constitucional de la conducta humana, todo lo contrario, se muestra totalmente ajena a ella, al menos para el uso del instrumento de control social más drástico y riguroso como lo es el Derecho penal. Esto resulta obvio, puesto que el artículo 5.º constitucional es claro en señalar, en plena sintonía con el pensamiento de Ferrajoli, que se reconoce en nuestro Estado *«la primacía de los derechos inalienables de la persona»*. Es un reconocimiento de pluralidad de pensamiento, conciencia y creencia, que se reafirma en el artículo 7.º que estipula que *«El Estado*



reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana». Esta afirmación es refrendada por el 8.º al señalar la protección de las riquezas culturales del pueblo colombiano, todo lo cual lleva a que se postule una política constitucional internacionalizada hacia la «autodeterminación de los pueblos» (artículo 9), lo cual no sería posible si no se predicara, previamente, la autodeterminación de los individuos que los componen en su conciencia individual y espiritual.

Tal manera de ver las cosas responde plenamente a lo que disponen instrumentos internacionales de derechos humanos básicos para la comprensión de la juridicidad internacional y nacional. Ese es el caso de los considerandos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pues allí se resalta lo sustancial de los principios y los derechos sobre los instrumentos normativos *per se*, al señalar que *«la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana»*, puesto que «los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad»; por lo tanto, la Declaración persigue «el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre» y su teleología se funda en «el respeto a estos derechos y libertades, y [que se] aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos».

Dicha progresividad debe anclarse en la potenciación de los derechos inalienables, especialmente los de libertad de conciencia, creencia y pensamiento, lo cual, por supuesto, no se logra con un régimen de Derecho penal basado en una concepción de un injusto subjetivo.

La dignidad implica entender, de manera inexorable y sin discusión, que los seres humanos están «dotados [...] de razón y conciencia», reza en su artículo 1.º la Declaración Universal de Derecho Humanos. Si su artículo 12 dispone que «nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada», punir lo que solo se encuentra imaginariamente en la mente de un sujeto es averiguar sobre lo más recóndito de la subjetividad, y eso, cualquiera que sea el argumento que se le oponga, se torna arbitrario,





excesivo y se convierte en una intervención en su intimidad, dado que ello amenazaría el «derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y [...] de creencia». En consecuencia, no existirían cambios relevantes en las posturas medievales de la persecución penal por el pecado-delito y los presupuestos de la variación de paradigma que implicó el advenimiento del Estado moderno. Lo contrario sería desconocer el contenido de su artículo 28 cuando expresa que «toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos»; advierte, asimismo, que el componente moral como limitador de la libertad no puede obrar en nuestro ordenamiento jurídico al margen del «único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás» (numeral 2.º del artículo 29), al contrastarse su alcance con el del artículo 16 de nuestra Carta Política, según las reglas de hermenéutica precisadas en los artículos 5.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 4 y 93 constitucionales, cuyo contenido debe hacerse efectivo cuando se ponga en duda por virtud del Control de Convencionalidad.

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre estipula en sus considerandos que «los pueblos americanos han dignificado la persona humana –*un atributo de la persona que no depende de su reconocimiento estatal*– y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad». Se destaca el reconocimiento de que las cartas políticas son rectoras de la vida en sociedad y tienen como fin principal, al regir la sociedad, la protección de los derechos esenciales del hombre y el progreso espiritual y material, pero no conducir la conciencia, el pensamiento y la creencia de los individuos hacia la interiorización de los valores normativos de la obediencia a las reglas del Estado sin más ni más, dada la pluralidad de las culturas y de los valores, como lo sugería Hans Welzel.

Para el mencionado instrumento internacional, «*la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución*»; por consiguiente, las regulaciones normati-





vas tienen que privilegiar tal componente constitutivo de lo jurídico y no otros menos nucleares como la obediencia a las reglas estatales, que terminan por dar pábulo a la punición de la imaginaria rebelión normativa del pensamiento sin interferencia intersubjetiva de derechos como ocurre con las tentativas supersticiosa, irreal e inidónea o, en otras palabras, imaginarias.

De allí que su Preámbulo dé cuenta de que los hombres son «iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, [y de que] deben conducirse fraternalmente los unos con los otros. El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad». Se insiste en que «*Derechos y deberes se integran correlativamente*», lo que da cuenta de que el deber no existe independiente y autónomamente de un derecho como para privilegiarlo en la constitución del injusto subjetivo como rebelión individual y personal contra la obediencia estatal, pues esos tintes de moralidad son incompatibles con otras partes de su Preámbulo cuando de manera inequívoca y sin hesitación alguna menciona que la moral está subordinada al Derecho y no tiene entidad jurídica propia para constituir lo antijurídico, habida cuenta de que «*los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan*». Nótese lo prístino de la expresión: «los apoyan conceptualmente».

No pueden perderse de vista otras enseñanzas de dicho Preámbulo:

Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría.

Es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu.

Se trata de dos declaraciones de derechos no constitutivas de una convención, pues no son tratados sobre derechos humanos; no obstante, su valor jurídico resulta indiscutible a la luz de los artículos 4 y 93 de nuestra Carta Política y, muy especialmente, del literal d) del artículo 29





de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuya transcripción total es absolutamente necesaria por dar claridad sobre el valor del Orden Público Internacional de los Derechos Humanos anunciado en el artículo 28 de la Declaración Universal:

Artículo 29. **Normas de Interpretación –Declaración Americana–.** Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Así, entonces:

- a) Injusto general-objetivo: **DESVALOR DE RESULTADO**-desvalor de acción (Norma subjetiva de determinación y, como prevalente, la Norma objetiva de valoración).

El bien jurídico cumple, según Tavares, un transcendental y significativo papel en el Estado de Derecho «al servir de elemento estructural del injusto»; de esta manera, ejecuta una función delimitadora de la intervención estatal contra las prohibiciones y está al servicio de la protección de las personas (Cfr. Tavares, 2004, pp. 83 y 84).

Por su parte, Fernández Carrasquilla (2012a) manifiesta que el injusto se constituye por el desvalor de resultado y por el desvalor de acción; sin embargo, otorga al primero mayor importancia y cierta individualidad dada su complejidad, pues, cuando se trata de su contracara, el valor de resultado presente en el elemento objetivo de la justificante le otorga pleno valor liberador de responsabilidad y pena (pp. 88 y ss y 499 y ss).





Al parecer, Eugenio Raúl Zaffaroni *et al.* (2002) concuerdan con dicha afirmación (pp. 600 y ss.).

En el Derecho penal norteamericano se discute si «la tentativa acaba demuestra tanta peligrosidad como el delito consumado» o si cabe «punir más severamente las conductas consumadas», ante lo cual, los filósofos morales se encuentran profundamente divididos. No obstante, investigaciones empíricas dirigidas por Paul Robinson demuestran que las intuiciones de los legos «otorgarían mayor deferencia al daño causado», es decir, se decantan por la mayor pena para el delito consumado, lo que consecuentemente llevaría a elaborar las normas penales en tal sentido con el fin de que tengan correspondencia con la realidad social. Los partidarios de equiparar la pena de la tentativa acabada con la de la consumación buscan incapacitar a los delincuentes peligrosos, pero los estudios empíricos muestran que «los legos casi universalmente consideran que el daño resultante es crucial a la hora de evaluar la culpabilidad y penarían menos la tentativa de homicidio que su consumación» (Robinson, 2012, pp. 34, 35, 39, 40 y 41).

- b) Dolo, culpa y elementos subjetivos en el tipo subjetivo (Norma subjetiva de determinación).

La idea de que solo un concepto material de bien jurídico puede liberar de las trampas del formalismo a la teoría del delito y, especialmente, a la antijuridicidad, parte de tomar en serio y, consecuentemente, que debe ser entendido «como valor y no como deber, el bien jurídico y debe ser, pues, reconducido a la condición de delimitador de la norma», respetando así su condición material de validez (Cfr. Tavares, 2004, pp. 40 y 41).

Dolo y culpa cumplen un papel muy importante en el injusto, dado que acotan lo que está prohibido y concretan lo que la norma manda a hacer o no hacer; por lo tanto, precisan el injusto típico por virtud del mandato de legalidad y determinación en la tipicidad penal compleja en su aspecto subjetivo (artículos 1, 6, 9, 10, 12, 21, 22, 23 y 32, numeral 10, del Código Penal), codeterminando lo antijurídico que viene impuesto por la afectación por puesta en peligro o lesión del bien jurídico tutelado sin justa causa (artículos 2, 9, 11 y 32 numerales 2.º a 7.º *ibidem*) del tipo objetivo y el juicio de antijuridicidad. Lo anterior resalta que todos, sin excepción, son principios rectores que por su virtud «*constituyen la*





esencia y orientación del sistema penal, prevalecen sobre las demás normas e informan su interpretación» (artículo 13 ibidem).

- c) El desvalor de acción queda subordinado al desvalor de resultado para la configuración del injusto. Desvalor de resultado como elemento fundante del injusto y desvalor de acción como elemento cofundante del injusto.

Luigi Ferrajoli (2001c) afirma, con especial contundencia y desde la óptica de los derechos fundamentales, «que el cambio sustancial producido por el nacimiento del derecho moderno ha consistido en la afirmación de la igualdad en los derechos además de, y *antes que*, la igualdad en los deberes» (p. 330), lo que pone de presente el valor axiológico superior que tienen los derechos frente a los deberes.

Ya ello era claro desde la época de Feuerbach cuando propuso como objeto de protección los derechos subjetivos, dando un vuelco en el entendimiento del Derecho penal, pues lo antecedía la idea de la protección de un deber. Posteriormente, los hegelianos lo reivindicaron, lo cual supuso una revolución que da cuenta del fenómeno antes descrito por Ferrajoli. Esta transformación implicó la imposición de una contención al poder punitivo estatal, dado que no era factible que el Estado «incriminara cualquier conducta, sino sólo aquellas que implicaran una violación de derecho subjetivo y, consecuentemente, un daño social» (Cfr. Tavares, 2004, pp. 17 y 18). Todo ello se enmarca en una línea doctrinal que conecta con la teoría contractual sobre el nacimiento del Estado moderno con la cual estamos de acuerdo (Cfr. Barbosa Castillo & Gómez Pavajeau, 1996, pp. 9 y ss.) y que hemos desarrollado, intentando ser consecuentes, en nuestros trabajos sobre antijuridicidad material (Cfr. Gómez Pavajeau, 2020b, pp. 398 y ss.) y diferenciando el Derecho penal del Derecho disciplinario desde la perspectiva de la norma (Gómez Pavajeau, 2020a).

- d) Las causales de justificación no requieren elementos subjetivos.

Cuando se citó a De Cabo & Pisarello, ya se había mencionado que resulta irrenunciable el principio divisionista entre moral y derecho, pues su separación en el Estado moderno, ante lo que sucedía en el antiguo régimen medieval, es asunto definitorio, dado que, según Vitale (2001),





«resulta extraordinario para desactivar el relativismo cultural extremo y el respeto a la diferencias que genera el diferencialismo» (p. 281).

Un orden jurídico objetivo-valorativo es la premisa básica a observar en materia de causales de justificación, consecuente con el principio de objetivación de los derechos fundamentales, que se ve correspondido con la antinomia desvalor de resultado-valor de resultado en cuanto a su afectación y/o salvación, sin que sea perentorio y mucho menos necesario acudir a una subjetivización del injusto como ha tenido ocurrencia en otras latitudes.

Este punto tiene una profunda incidencia en el campo procesal que, al menos en el ordenamiento jurídico colombiano en donde está muy clara su solución, afecta al derecho constitucional fundamental de la presunción de inocencia.

Al ser la dignidad humana fundamento del orden jurídico, según lo pregona el artículo 1.º de la Carta Política y, a su vez, dependiendo como su derivado natural, la culpabilidad de aquel es verdad inconcusa que no debe presumirse. Por el contrario, como lo demanda y exige el artículo 29 *ibidem*, lo que se presume es la inocencia, que tiene que ser desvirtuada con pruebas legítimamente obtenidas y practicadas, idóneas y eficaces para la demostración de la culpabilidad, teniendo en cuenta que la responsabilidad objetiva se encuentra erradicada.

Algunas veces, las dificultades que ofrece la prueba de los aspectos subjetivos del delito y de la falta disciplinaria se obvian por vía instrumental, por lo que se dispone del reconocimiento del principio de la presunción de inocencia; no obstante, este se deja operativo solo para los efectos de la imputación de autoría y participación a cargo del Estado. Pese a lo anterior, la prueba de la exclusión de la responsabilidad cuando gravita sobre aspectos subjetivos resultaría competencia exclusiva y excluyente de la defensa.

Tales modelos de imputación son refractarios a la configuración del principio de culpabilidad en Colombia, y de implantarse su aceptación, vía legal y teórica doctrinal, no debería dudarse de su inconstitucionalidad. Así mismo, debe ser declarado de esa manera cuando en la praxis judicial la judicatura asuma malas prácticas que llevan a la responsabilidad objetiva o propician perversos institutos como la denostada carga diná-





mica de la prueba. Ello recorta, de manera indebida, la presunción de inocencia conforme la consagra el artículo 29 de nuestra Carta Política, asumiendo posiciones provenientes de países europeos cuyos niveles de garantías en tal materia están por debajo de los consagrados en el orden interno, pues el contraste con tal garantía constitucional se hace solo respecto del ámbito de la tipicidad y la autoría y participación, de modo que queda por fuera el análisis de la antijuridicidad y la culpabilidad.

La tradición europea del derecho penal y disciplinario entiende que lo que se presume es solo la no autoría y la no tipicidad, lo cual probatoriamente está a cargo del Estado; sin embargo, los fenómenos liberadores de responsabilidad, como las causales de justificación y de inculpabilidad, deben ser demostrados por el procesado y la defensa. Por ello se dice, equivocadamente en nuestro medio, que no se aceptan causales de justificación a quien no las alegue o a quien sea juzgado en contumacia, pues son ellos quienes deben plantearlas, lo cual es cierto en la tradición europea, pero no en la Carta Política de Colombia.

La Constitución española, en su artículo 24, numeral 2.º, consagra la presunción de inocencia; sin embargo, no la vincula directamente con el principio de culpabilidad. Allí se reconoce el derecho de todas las personas a «no confesarse culpable y a la presunción de inocencia», pero, si de la redacción depende, parecieran dos cosas diferentes y no una institución compleja como se muestra en el artículo 29 de la Carta Política colombiana.

Una cosa es el derecho a «no confesarse culpable» y otro que «*se presuma su inocencia*», dando pábulo para un entendimiento disyuntivo y no acumulativo como el que otorga nuestra redacción constitucional.

Si bien la presunción de inocencia es calificada por el Tribunal Constitucional Español como «límite de la potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes», lo que sin duda alguna influye decisivamente en el régimen jurídico de las pruebas, de todos modos se hacen precisiones como que «no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia con *no participación en los hechos*» (Sentencia 109 de 1986) (Rubio Llorente y otros, 1995, p. 355). Así que al enfatizar que la presunción recae sobre la «*no participación en los hechos*», y al dar cuenta de los fenómenos de la tipicidad y sus subca-



tegorías dogmáticas de autoría, coautoría, determinación y complicidad, todo indica que quedan por fuera de la presunción de inocencia la no antijuridicidad y la no culpabilidad.

Así se ratificó en la Sentencia 76 de 1990, donde se señaló que la figura constitucional «significa que se presume que los ciudadanos *no son autores de hechos o conductas tipificadas como delito* y que la prueba de la autoría y la prueba de la concurrencia de los elementos del tipo delictivo, corresponden a quienes, en el correspondiente proceso penal, asumen la condición de parte acusadora» (*Ibidem*, p. 356). En otras palabras, lo que se presume es que no son autores de conductas típicas; sin embargo, también es claro que dentro de la jurisprudencia constitucional «no [se] incluye la presunción de *eximentes o de justificaciones*» (*Ibidem*, p. 358).

Lo anterior parece tener sustento en que si bien en el proceso penal no opera el *onus probandi*, como sí sucede en el civil, de todos modos en aquel «*semejante planteamiento no es válido en toda su extensión*»; es decir que lo que debe quedar excluido es la carga total de la prueba, pero no la viabilidad de establecer cargas parciales, lo cual se ancla en la afirmación según la cual no puede considerarse que la «actitud probatoria debe ser considerada de segundo orden en el proceso penal», puesto que «sería erróneo pensar que la estricta aplicación del principio de la presunción de inocencia significa, sin más, una *relajación* de la actividad probatoria» (Lorca Navarrete, 1987, pp. 153 y ss.).

Dicho de otra manera, el tema de las justificantes y eximentes se difiere al nivel legal, pero no hace parte de la garantía constitucional, lo que, al parecer, también sucede en los artículos 6, numeral 2.º, del Tratado Europeo de Derechos Humanos; 14, numeral 2.º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8, numeral 2.º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que los tres instrumentos internacionales se refieren al fenómeno como un problema legal⁹⁷.

Contrario a ello, como se expresa en la jurisprudencia, el tema de la culpabilidad y la presunción de su exclusión en Colombia es asunto de

97 Para la redacción de las normas, Máximo Pacheco Gómez, 1987, pp. 69, 164, 193 y 194.





interés constitucional, puesto que el derecho fundamental consiste en que «toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable» (artículo 29 de la Carta Política). Es decir, no es un asunto legal sino constitucional diferido a deberes del juez, lo que directamente se encuentra referido a la *culpabilidad*. Esto indica que no solo opera sobre el primer nivel dogmático de la conducta típica y autoría, como sucede en Europa y en los tratados internacionales, sino también respecto a justificantes y eximentes, segundo y tercer niveles dogmáticos de la responsabilidad.

En consecuencia, la garantía interna de la presunción de inocencia en la Carta Política colombiana es superior a la contemplada en el Derecho comparado y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, lo que indica que el mejor estándar de garantías debe ser aplicado en su integridad, tal cual lo establecen su *corpus iuris* y, particularmente, el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en armonía con los artículos 1, 4 y 93 de la Carta Política⁹⁸.

La jurisprudencia constitucional ha derivado de las normas superiores el *principio de demostrabilidad*, según el cual los aspectos relativos a la legalidad y a la tipicidad tienen que ser demostrados, lo que presupone que los tipos penales se construyan precisamente para ser desarrollados en tal sentido en la práctica, sin que sea dable derivar responsabilidad con la mera y simple enunciación textual de las instituciones. Estas tienen que reflejarse en el plano probatorio de la realidad⁹⁹, lo cual se hace extensible a las demás categorías dogmáticas, por virtud del principio de presunción de inocencia, según se ha visto.

Así entonces, contrario a lo que sucede en otros países como Alemania y España, en Colombia no se produce un desplazamiento de la carga de la prueba hacia el acusado en ningún sentido, ni total ni parcialmente, pues la regla constitucional abarca todas las categorías dogmáticas de la estructura de la responsabilidad, de tal manera que importar la teoría

98 Cfr. Gómez Pavajeau. *Interpretación y aplicación de normas internacionales sobre Derechos Humanos en materia penal y disciplinaria*, ob. cit.

99 Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de constitucionalidad n.º 5 del 10 de febrero de 1983, proceso 989, M. P.: Gaona Cruz.





de los elementos subjetivos de las justificantes de otras latitudes implicaría trasuntar una interpretación extranjera a nuestro ordenamiento jurídico. Lo anterior resultaría inconstitucional por todo lo ya expuesto, pero también porque en el campo probatorio desnaturalizaría la regla constitucional de la presunción de inocencia consagrada en el artículo 29, lo que llevaría a interpretaciones como la estipulada en el Código General del Proceso sobre la distribución de la carga de la prueba por parte del director del proceso en la etapa del juicio, que sería el juez (artículo 167¹⁰⁰), pero también hacia la Fiscalía General de la Nación que dirige el proceso en la investigación y acusación, lo cual resulta, a todas luces, contrario a nuestro orden constitucional y al principio rector de la presunción de inocencia que, por mandato de principios rectores, se constituye en la filosofía y orientación del sistema penal en su totalidad. Estos prevalecen sobre las demás normas y sirven de criterios para su interpretación (artículo 13 de la Ley 599 de 2000), con clara e ineludible incidencia en las reglas probatorias del proceso penal.

De esa forma sucede en la práctica, no es cuestión meramente teórica, pues si la jurisprudencia afirma que la legítima defensa debe estar nítidamente probada en lo objetivo y lo subjetivo, sin que sobre ello exista el más mínimo resquicio de duda, es decir que debe «*estar plenamente demostrada en todos sus elementos conformantes y no debe existir reparo probatorio de ninguna naturaleza que ponga en duda su existencia*»¹⁰¹, el llamado a su prueba es sin duda alguna el procesado cuando se trata del elemento subjetivo de la justificante, pues es quien se encuentra en la mejor posición para hacerlo. Allí subyace el pensamiento de que no se reconoce la justificante en quienes no la aleguen o se encuentren procesados en contumacia.

100 Afirma el Código General del Proceso que «según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos».

101 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 24 de enero de 1996. M. P.: Jorge Córdoba Poveda, en *Jurisprudencia Penal*, primer semestre de 1996, Editora Jurídica de Colombia, p. 100.





De allí que la afirmación de la doctrina sobre el escaso valor práctico y el casi nulo rendimiento de la figura de los elementos subjetivos de la justificante hace del instituto algo sin mayor relevancia y sin mayor incidencia en aquellos sistemas como los europeos donde es natural encontrar que la carga de la prueba de las eximentes de responsabilidad está a cargo del procesado, pero sí la tiene sin duda alguna en otros donde no obra tal idea rectora sino la contraria, como sucede en Colombia. Esto puede llevar a trastocar todo el sistema probatorio y hasta invertir, en cierta forma, con gran perjuicio de la defensa, los niveles de garantía superior que en nuestro medio tiene la presunción de inocencia (Gil Gil, 2002, p. 1).

De la Fuente (2008) reconoce que demostrar el elemento subjetivo de la justificante no es fácil, por el contrario, es «sumamente difícil», pero que de todos modos, por virtud del *in dubio pro reo*, debe presumirse en su favor sin estar dado el elemento objetivo de la misma (p. 86), estándar que está muy lejos de reconocerse en virtud de lo estipulado por la jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana.

- e) No son necesarios para la estructuración de la justificante los elementos subjetivos, esto es, los particulares conocimientos y cierta tendencia en el obrar. **Basta que el agente con su conducta objetiva la voluntad de la ley.**

La fórmula del libre desarrollo de la personalidad en Colombia es clara, no contiene el ingrediente moral que sí compone el de la Constitución de Alemania en su artículo 2, inciso 1.º, pues nuestro texto es claro en señalar que se garantiza el libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que «*los derechos de los demás y el orden jurídico*» (artículo 16) (García Valdez y otros, 1993, pp. 171 y ss.).

Incluso, otros tribunales constitucionales utilizan la moral como un ingrediente limitador del libre desarrollo de la personalidad, como lo estableció el Tribunal Constitucional Español en sentencia del 15 de octubre de 1982, al prescribir que «el concepto de moral puede ser utilizado por el legislador como límites de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 21 de la Constitución».

Ciertamente, de las fórmulas alemana y española surgen bases para la construcción de injustos objetivos y subjetivos. Estos últimos recibirían





un espaldarazo con la permisión de la moral como límite a la libertad, lo cual resulta absolutamente imposible en Colombia si se tiene en cuenta que no fue contemplada como tal por el artículo 16 de la Carta Política, amén de que los derechos de los demás y el orden jurídico se encuentran enlazados por una “y” que obra en forma copulativa y no disyuntivamente, de tal manera que los mismos son ingredientes acumulativos y no alternativos exclusivos y excluyentes respecto de la moral.

Aquí los derechos son un *prius* respecto de los deberes, lo que nos conecta con los más excelsos postulados liberales contractuales como más arriba se precisó y evitan así una subjetivización del injusto que reclame primacía sobre el valor esencial y principal de la norma objetiva de valoración.

En cuanto al aspecto subjetivo de las justificantes en los delitos culposos, ningún problema existirá en rechazar su exigencia en los delitos culposos, pues ello surge de la fórmula contundente según la cual «*basta que el agente con su conducta objetive la voluntad de la ley*».

- f) Accesoriedad limitada en la responsabilidad de los partícipes. Autoría mediata.

Nuestra fórmula del artículo 30 del Código Penal del año 2000, que hace referencia a la responsabilidad accesoria de los partícipes —*determinadores y cómplices*—, es la conocida como limitada:

Toda participación es accesoria de la autoría, está en segundo plano con respecto a ésta y se limita a contribuir a su éxito sin asumir la dirección ni la ejecución de la obra criminal. Esto supone, como ya lo indicamos al iniciar el apartado correspondiente, que hay un autor y que éste ha realizado un hecho que para algunos será calificado como típicamente antijurídico y culpable (accesoriedad máxima o extrema), o como hecho típicamente antijurídico (accesoriedad limitada), o al menos como hecho típico (accesoriedad mínima). La ley colombiana exige que el partícipe intervenga en una “conducta antijurídica” del autor (C.R, artículo 30). Implica asimismo que el hecho del autor haya alcanzado al menos la fase de tentativa punible (C.R, artículo 27). De modo que desde el punto de vista “negativo” la participación no es punible sin un hecho principal que sea al menos típicamente antijurídico de una tentativa, y desde el “positivo” aporte algo serio y objetivo -aunque en segundo plano de importancia- a la realización del tipo y porte así mismo su propio injusto (Fernández Carrasquilla, 2012, p. 897).





Vacchelli (2015), por su parte, afirma:

Las causas de justificación son los motivos jurídicos bien fundados para ejecutar un comportamiento en sí prohibido. A diferencia de lo que ocurre en el comportamiento atípico, en el justificado se trata de un comportamiento socialmente no anómalo, sino aceptado como socialmente soportable sólo en consideración a su contexto, o sea, a la situación de justificación. Como es sabido, una de las consecuencias sistemáticas más importantes en el ámbito de la justificación es que su cualidad de comportamiento autorizado por el Derecho determina que tenga un efecto general, por lo que no alcanzan sólo al autor, sino que además benefician a inductores y cómplices. Se sostiene así que las causas de justificación son generales (objetivas), lo que las distingue de las causas de inculpabilidad que son individuales (subjetivas). Esta característica de la justificación, es decir, que sus efectos se extienden a todos los protagonistas que hayan participado en la comisión del hecho, es consecuencia del principio de accesoriedad sostenido mayoritariamente por la doctrina. La imposibilidad de castigar a quien participa de una conducta justificada es el anverso del modelo limitado de la accesoriedad, en el cual se exige como mínimo, pero también como máximo un hecho típico y antijurídico (p. 136).

- g) Desvalor de resultado – Valor de acción conduce a un error de prohibición que se trata como si fuera error de tipo y se le asigna las consecuencias de este, de conformidad con la fórmula de orientación político-criminal y justicia material contenida en el numeral 10 del artículo 32 del Código Penal respecto a los errores sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación.
- h) Preponderancia de lo objetivo en el desistimiento frustrado.

El artículo 27 del Código Penal, al regular el desistimiento frustrado, consecuente con la no neutralización del desvalor de resultado en el desistimiento frustrado, muy a pesar de que sí tiene ocurrencia la del desvalor de acción del tipo, mantiene la penalidad con una rebaja luego de la merecida por tentativa, contrario a lo que ocurre en aquellas concepciones subjetivas, donde se prescinde en el mismo caso de la pena.





2.3. Teoría de la doble ubicación del dolo (Norma subjetiva de determinación - Norma objetiva de valoración)

Según algunas doctrinas, el dolo cumple un doble papel que se reparte en el tipo como desvalor de acción y en la culpabilidad (Cerezo Mir, 1981) como reproche a la censura por la formación defectuosa de la voluntad, lo que implicaría que la norma subjetiva de determinación cumpliría una función ubicua en la estructura del delito.

Lo importante, sin que ello implique un análisis detallado de lo postulado por los autores que defienden dicha conceptualización, que no resulta necesario, es que de alguna manera se descarga al injusto de un peso significativo de subjetividad, lo que debería reflejarse también en consideraciones equivalentes a nivel de exigencias del elemento subjetivo de la justificante, que debería limitarse solo a la demanda del conocimiento sin referencia a tendencia alguna como lo hacen consecuentemente Jescheck y Roxin.

En cuanto al elemento subjetivo de la justificante en los delitos culposos, aquí resulta predicable lo afirmado respecto a las teorías que solo demandan el conocimiento de la situación del hecho justificante. No obstante, también se critica a esta posición que la solución a la falta de presencia del elemento objetivo de la justificante, pero sí del elemento subjetivo, no resulta adecuada tratarla como error de prohibición, sino que lógicamente debería conducir al reconocimiento de una causal de justificación. Esto, que ya había sido advertido anteriormente por Suárez Montes, lo establece muy contundentemente Puppe (2010):

Pero esto es incompatible con la clasificación del conocimiento de los hechos justificantes que sí existen como elemento subjetivo de la justificación, lo cual está hoy reconocido de modo casi general. Si la representación de estos hechos elimina el desvalor de la acción del hecho doloso tal como hoy está reconocido de modo casi general, la misma representación no puede reducirse a mera eliminación de la culpabilidad dolosa, en tanto ella sea errónea, es decir, en tanto falten los presupuestos objetivos de la justificación (pp. 32 y 33.).





Consideraciones finales





Pensamos, ante todo lo expuesto, que podríamos llegar a las siguientes conclusiones:

- 1) La idea de un injusto subjetivo fue construida, en cierta forma, *contra legem* a partir de una interpretación extensiva de los límites del Derecho penal fijados por el legislador.
- 2) Por el contrario, la de un injusto objetivo se desarrolló *secundum legem*, cuya fisonomía fue trastocada por reformas legales impulsadas por la doctrina y la jurisprudencia.
- 3) En los Estados constitucionales modernos la viabilidad de uno y otro depende, en gran medida, de las regulaciones constitucionales que tratan la distinción entre Derecho y moral y, muy significativamente, de aquella que defina y establezca el derecho fundamental constitucional al libre desarrollo de la personalidad como estatus activo de acción.
- 4) No existen teorías monistas del injusto objetivo o subjetivo, toda teoría es dualista, tiene de uno y otro, pues la idea de lo antijurídico se construye sobre la base tanto de la infracción de la norma objetiva de valoración como la de la infracción de la norma subjetiva de determinación.
- 5) Ante ello, el dualismo marcará cierto equilibrio que tiende a romperse y a privilegiar lo objetivo –*desvalor de resultado*– o lo subjetivo –*desvalor de acción*–, de conformidad con lo expuesto en el punto n.º 3.
- 6) Es claro que un injusto subjetivo favorece la punición de las tentativas irreal e inidónea, el mero acuerdo para cometer un delito y la mera proposición para delinquir como prototipos del desva-





lor de acción, así como la demanda por los elementos subjetivos de la justificante.

- 7) El componente moral como límite de la libertad consagrado en tratados internacionales sobre derechos humanos puede favorecer una visión tendiente a un injusto subjetivo, particularmente como sucede con el Convenio Europeo de Derechos Humanos según sus artículos 8, numeral 2.º (*la “moral” como componente alternativo*); 9, numeral 2º (*la moral pública como componente alternativo*); 10, numeral 2.º (*la “moral” como componente alternativo*), y 11, numeral 2.º (*la “moral” como componente alternativo*).
- 8) La Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso *Dudgeon*, decidido el 23 de septiembre de 1981, se pronunció en materia de homosexualismo. Al respecto, manifestó que no es posible limitar, de repente, el libre desarrollo de la personalidad por razones morales, pero sí se puede hacer, solo que en el caso concreto del que se ocupó, no se adujo «ninguna evidencia para demostrar que esto ha sido perjudicial a los estándares morales en Irlanda». De todos modos, apreció que no puede negarse que se justifica la intervención penal y que resulta admisible «cierto grado de regulación de la conducta homosexual masculina». En el caso *Norris*, fallado el 29 de septiembre de 1988, la misma autoridad internacional precisó: «Mientras que las autoridades nacionales –así lo reconoce la Corte– gozan de un amplio margen para el aprecio en materias morales, el mismo no es ilimitado». Se morigeró así un poco la anterior jurisprudencia, desarrollada en el fallo del 7 de diciembre de 1976 (caso *Handyside*), que permitía la intervención penal en materia moral en tanto que no «hay un concepto europeo uniforme de moral. Las autoridades del Estado de cada país están en una posición mejor que un juez internacional para dar una opinión en cuanto a los estándares que prevalecen de moral en su país».
- 9) En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –artículos 18, numeral 3.º; 19, numeral 3.º, literal b); 21 y 22, numeral 2.º– y en la Convención Americana de Derechos Humanos –artículos 12,





numeral 4.º; 13, numeral 2.º, literal b); 15; 16, numeral 2.º, y 22, numeral 3.º— la moral es un componente alternativo de los límites a la libertad de acción, pero viene formulada como «*moral pública*» y no simplemente como moral.

- 10) En el ámbito del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se juzgó el caso de Australia, estado de Tasmania, donde la legislación penal consagraba como delito diversas formas de contacto sexual entre hombres, «incluida cualquier forma de contacto sexual entre hombres homosexuales adultos, con su consentimiento y en privado». El Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su Comunicación n.º 488 de 1992, decisión adoptada el 31 de marzo de 1994, relacionada con el caso *Toonen*, a pesar de que condenó al Estado, sentenció que no se puede aceptar que «las cuestiones de moral constituyan exclusivamente un asunto de preocupación para el país» respectivo; sin embargo, en principio, sirven para limitar el derecho al libre desarrollo de la personalidad siempre y cuando las limitaciones resulten razonables.

En el Sistema Interamericano ya es lugar común hablar del bien jurídico como el objeto de protección por parte del Derecho penal, lo cual se ha manifestado como tal en múltiples ocasiones y ya hace parte del lenguaje jurídico que define las instituciones penales en el ámbito de la Convención Americana de Derechos Humanos, tanto respecto del utilizado por la Comisión como por el definido en el uso por la Corte, como se puede ver en la sentencia del 25 de noviembre de 2019, Caso López y otros vs. Argentina, donde se afirma contundentemente que cualquier «restricción a un derecho humano sólo es justificable ante el derecho internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática¹⁰²» (Párrafo n.º 92). Lo anterior, toda vez que la tensión entre derechos de las personas debe atender la «autonomía personal, el desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos

102 Cfr. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, párr. 154, y Caso Wong Ho Wing vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C N.º 279, párr. 294.





y con el mundo exterior¹⁰³», puesto que la libertad consiste en «ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona¹⁰⁴» (Párrafo n.º 97). Por ello, consecuentemente, se ha entendido que solo puede limitarse el derecho a la libertad cuando se esté frente a la «*protección de bienes jurídicos esenciales*» (Párrafo 66), dice la Corte en su sentencia del 26 de noviembre de 2019, Caso Jenkins vs. Argentina¹⁰⁵.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos da cuenta de un ejemplo paradigmático de cómo ciertas perspectivas sirven en la tarea de introducir modelos de desarrollo de un derecho penal máximo (por ejemplo, en línea con Platón y Hegel) o mínimo (en línea con Aristóteles y sus herederos). Dicho asunto fue destacado en la sentencia del 14 de octubre de 2019, proferida en el Caso Rosiado Villavicencio vs. Perú, que se refiere al manejo del hoy controvertido *—no por su existencia, sino por su extensión—* desvalor de acción como expresión de la manifestación exteriorizada de una voluntad humana, cuyos límites a una eventual construcción puramente normativista y sin referentes controlables ha sido encontrada en aspectos

103 Cfr. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N.º 215, párr. 129, y *Caso I.V. vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C N.º 329, párr. 152.

104 Cfr. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C N.º 257, párr. 143, y *Caso I.V. vs. Bolivia*, párr. 152.

105 Entre otras decisiones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a «*bienes jurídicos*» y los ha relacionado con derechos humanos en las sentencias del 21 de noviembre de 2019, Caso Gómez Virula vs. Guatemala (Párrafo n.º 56); 19 de noviembre de 2019, Caso Díaz Loreto y otros vs. Venezuela (Párrafo n.º 91); 15 de octubre de 2019, Caso Girón vs. Guatemala (Párrafo n.º 36); 14 de octubre de 2019, Caso Rosadio Villavicencio vs. Perú (Párrafos n.º 104 y 109); 14 de octubre de 2019, Caso Rodríguez Revolorio y otros vs. Guatemala (Párrafo n.º 35); 14 de octubre de 2019, Caso Valenzuela Ávila vs. Guatemala (Párrafo n.º 30); 10 de octubre de 2019, Caso Ruiz Fuentes y otra vs. Guatemala (Párrafos n.º 41, 85 y 223); 30 de agosto de 2019, Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela —**bienes jurídicos fundamentales**— (Párrafo n.º 119); 10 de mayo de 2019, Caso Martínez Coronado vs. Guatemala (Párrafo n.º 30); 6 de marzo de 2019, Caso Muelle Flórez vs. Perú —**bienes jurídicos que protegen los derechos humanos**— (Párrafo n.º 134) y 6 de febrero de 2019, Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala (Párrafo n.º 10).





encarnados en la realidad de las cosas, tal cual se ha dejado establecido, de manera expresa y categórica, desde perspectivas hermenéuticas fundadas en el Orden Público Internacional de los Derechos Humanos.

En efecto, en la mencionada sentencia se apuntó de una manera clara que «una única acción requiere como mínimo que haya una única decisión de voluntad, como presupuesto necesario, pero no suficiente para determinar la unidad de acción. Es obvio que cuando existe un movimiento único no puede considerarse la existencia de una pluralidad de acciones, pero por lo general una unidad de acción abarca una pluralidad de movimientos. En tal caso debe existir un elemento jurídico de unidad de desvaloración» (Párrafo 98). Y ello debido a que «una misma conducta o acción resulta prohibida a la luz de las normas que subyacen en dos o más tipos penales, siempre se trata de un único delito, pues todo delito es una conducta humana y a un único delito debe corresponder una única punición», toda vez que «entender que la posibilidad del doble encuadramiento típico de los mismos hechos supone la comisión de dos delitos distintos, los cuales a su vez pueden ser sancionados con dos puniciones distintas, parte del errado supuesto que se trata de dos conductas distintas, lo que habilitaría la plural e interminable cadena de puniciones que el derecho penal material no permite y a la que se llegaría por efectos del desdoblamiento del mismo hecho en tantos pretendidos delitos como número de tipos penales aplicables» (Párrafo 101); en consecuencia, se ponen límites a la construcción normativa indefinida y creativa sin referencia a la realidad, forma perversa de exaltar al máximo las «formas por las formas» dentro de un idealismo solo compatible con un pensamiento platónico y, sobre todo, hegeliano.

La sentencia del 14 de octubre de 2019, proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es un verdadero llamado a poner límites al normativismo extremo preconizado por autores como Jakobs y sus seguidores. Es algo sin precedentes en el ámbito internacional de los derechos humanos, en la medida en que hace gala de una interpretación conforme a tratados internacionales sobre la materia que obligan a las nuevas juventudes exaltadas por los cantos de sirena del funcionalismo a moderar sus no calculadas posturas frente a la amenaza de los derechos fundamentales. Según el autor mencionado, dichas posturas no producen significados y desconocen que si algo lo tiene, lo es el Orden Público Internacional de los Derechos Humanos.





Vale la pena mencionar cómo tan significativa jurisprudencia señala de manera clara que «poco importa, a los efectos de considerar si se trata de una única conducta, que se ofenda a diferentes bienes jurídicos, porque precisamente no son las ofensas las que multiplican las conductas, cuya unidad, en este caso, es un dato de la realidad que no puede destruir ninguna interpretación jurídica» (Párrafo 102). Ello significa que es un llamado a ponderar y equilibrar los aspectos reales y jurídicos que conciernen a lo delictivo, puesto que «la pretensión de multiplicar los delitos conforme al número de tipos penales concurrentes desconoce la realidad del mundo incluso físico, pues multiplica un único objeto pluralmente desvalorado en tantos otros como desvaloraciones recaigan sobre él. Se trataría de un derecho que, al ignorar la necesaria base óptica que lo vincula a la realidad del mundo, se atribuiría la facultad de “crear” una realidad inexistente». Por lo tanto, «estando a la letra de la Convención, semejante desdoblamiento de un hecho único, o sea, la pretensión de punir delitos conforme al número de tipicidades, resulta incompatible con la señalada exigencia de “acciones u omisiones” del artículo 9º de la Convención» (Párrafo 103). Con ello se evita el desborde del derecho penal, manteniéndolo en márgenes tolerables por los derechos humanos y su Orden Público Internacional, toda vez que «la exigencia del artículo 9º responde a un claro rechazo de todo derecho penal material con fuerte aspiración autoritaria. En efecto, considerar que hay tantos delitos como normas violadas, significa punir conforme al número de sus mandatos incumplidos, o sea, atender al número de “desobediencias” y no de las acciones ilícitas de sus habitantes, por lo que los delitos no serían acciones, sino omisiones de cumplimiento de los mandatos estatales. Por esta vía, se suele llegar —en las versiones más autoritarias y totalitarias del derecho penal material— a la supresión de la exigencia de afectación de bien jurídico, pues pasa a primer plano la “desobediencia” al mandato estatal» (Párrafo 104).

La jurisprudencia interamericana manifiesta sobre la teoría del bien jurídico y la antijuridicidad material lo siguiente¹⁰⁶:

106 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, sentencia del 20 de noviembre de 2009, Fundamento Jurídico n.º 73.



La Corte ha señalado que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita¹⁰⁷, particularmente cuando se imponen penas privativas de libertad. Por lo tanto, el uso de la vía penal debe responder al principio de intervención mínima, en razón de la naturaleza del derecho penal como *ultima ratio*. Es decir, en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se puede ejercer en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado¹⁰⁸.

Toda expresión del Derecho penal, incluso en los temas más álgidos de lucha contra la corrupción, debe someterse a límites cuantitativos y cualitativos, pues la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe del 6 de diciembre de 2019 (*Corrupción y Derechos Humanos: Estándares interamericanos*), mencionó:

En algunos casos es posible que haya una afectación de derechos y que no suponga la consumación de una violación de derechos, porque nos encontramos ante un límite o restricción legítima. Al respecto es importante precisar que la corrupción nunca puede ser un elemento que justifique una restricción de derechos, sin embargo, es posible considerar a la lucha contra la corrupción como un objetivo legítimo para la restricción de derechos conforme a los estándares internacionales. En ese sentido, para que un Estado pueda restringir legítimamente el goce y ejercicio de derechos humanos es necesario que concurren tres elementos: i) legalidad; ii) la existencia de un fin legítimo; iii) la idoneidad, es decir la determinación de si existe una relación lógica de causalidad de medio a fin entra la distinción y el fin que se persigue; y, iv) la necesidad, esto es, la determinación de si existen alternativas menos restrictivas e igualmente idóneas; iv) la proporcionalidad en sentido estricto, es decir el balance de los intereses en juego y el grado de sacrificio de uno respecto del otro¹⁰⁹ (Párrafo 259).

107 Cita dentro de la cita: «véase el caso Ricardo Canese, *supra*, nota 38, párr. 104; el caso Kimel, *supra*, nota 41, párr. 76, y el caso Palamara Iribarne, *supra*, nota 47, párr. 79».

108 Cita dentro de la cita: «véase el caso Kimel, *supra*, nota 41, párr. 76».

109 CIDH. Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Karen Atala e Hijas, 17 de septiembre de 2010, párr. 86; Corte IDH. *Caso Atala Ríffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C N.º 239, párr. 164.



Parece, pues, desde una perspectiva de los derechos humanos, que toda expresión del Derecho penal implica un compromiso de afectación de un derecho y, a su vez, en grado de complementariedad necesaria para su suficiencia, un quebrantamiento a los niveles mínimos de solidaridad exigible en una sociedad moderna de conformidad con los artículos 29, 30 y 32 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por ello, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe del 6 de diciembre de 2019 (*Corrupción y Derechos Humanos: Estándares interamericanos*) señaló:

Por lo tanto, atendido el impacto que estos actos y situaciones de corrupción tienen en materia de derechos humanos, existe un interés colectivo en su erradicación y esta es una obligación internacional de los Estados y no meramente un deber económico, moral o político. La Comisión considera que la erradicación de la corrupción, cuando esta tiene características estructurales como ocurre en la región, obliga a los Estados a adoptar todas las medidas coherentes, coordinadas, adecuadas y eficaces para dicho fin. Si los Estados no adoptan todas las medidas a su alcance para erradicar el fenómeno de corrupción están incumpliendo con su deber de respetar y garantizar los derechos humanos y de esta forma están incumpliendo sus obligaciones internacionales en la materia, y en consecuencia tienen el deber de reparar los daños causados (Párrafo 274).

Las restricciones tienen que ser consideradas en razón del propósito para el cual fueron establecidas, lo que implica que, para el efecto, la interpretación tiene que ser observada desde un punto de vista teleológico y fundamentarse en el interés general (artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Las restricciones tienen que ser legítimas en Derecho penal, incluso en materia de corrupción. Respecto de *«aquellos derechos que admiten alguna restricción, es importante que se cumplan los requisitos para que dicha restricción pueda ser considerada legítima»*, reseña el informe mencionado (Párrafo 358).

La protección de los derechos de los demás, la seguridad de todos y las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática son el fundamento para las restricciones normativas a los derechos (artículo 32, numeral 2.º, de la Convención Americana de Derechos Humanos). No obstante, también la solidaridad correlativa a la existencia de los mismos cofundan al Derecho penal, pues toda persona tiene «deberes





para con la familia, la comunidad y la humanidad» (artículo 32, numeral 1º, *ibidem*).

Creemos, fundadamente, como lo hemos demostrado en nuestros trabajos tanto en penal como en disciplinario, que una ponderada consideración sobre el carácter de *ultima ratio* del primero es la diferenciación que ofrecen en Colombia desde el punto de vista funcional. Esto se ratifica en el informe antes mencionado, pues desde una perspectiva de derechos humanos «*el uso del derecho sancionatorio y, principalmente, el de carácter penal, para determinar cuáles son las cuestiones que se deben tener en consideración para que la búsqueda de la efectividad en las medidas no implique una violación de derechos humanos*» (Párrafo 344).

Lo aquí dicho se condensa en la jurisprudencia de los tribunales internacionales en la órbita del Derecho americano, que está en permanente evolución, especialmente por virtud del principio de progresividad, el cual rige la forma de entender las cosas en el ámbito de los derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del 14 de octubre de 2019 (Caso Rosadio Villavicencio vs. Perú, párrafo 104), de manera clara ha consolidado el criterio según el cual, si bien el delito es en principio una manifestación de la desobediencia a la norma estatal, lo que se conoce como desvalor de acción por infracción a la norma subjetiva de determinación o directiva o imperativa que nutre a la antijuridicidad no es menos cierto que ello, por lo que es necesario pero no suficiente; por consiguiente, inexorablemente, se requiere el desvalor de resultado o infracción a la norma objetiva de valoración, lo que se conoce en los principios como lesividad y en la dogmática como antijuridicidad material por desvalor de resultado, ya que de manera contundente ello tiene soporte y fundamento en el bien jurídico, el cual no se extrae de una norma en concreto, pero sí de una interpretación sistemática y axiológica de los derechos humanos. Al respecto, se señala que «la exigencia del artículo 9º –*Convención Americana*– responde a un claro rechazo de todo derecho penal material con fuerte aspiración autoritaria. En efecto, considerar que hay tantos delitos como normas violadas, significa punir conforme al número de sus mandatos incumplidos, o sea, atender al número de “desobediencias” y no de las acciones ilícitas de sus habitantes, por lo que los delitos no serían acciones, sino omisiones de cumplimiento de los mandatos estatales. Por esta vía, se suele llegar –en las versiones más autoritarias y totalitarias del derecho





penal material— a la supresión de la exigencia de afectación de bien jurídico, pues pasa a primer plano la “desobediencia” al mandato estatal».

Esta forma de entender las cosas hace del Derecho penal y del Derecho disciplinario dos instancias diferentes, con fines y propósitos diversos y, por tanto, con injustos o ilícitos de disímil naturaleza. El primero se fundamente en una idea de quebrantamiento dual de la norma subjetiva de determinación y, a la vez, de la norma objetiva de valoración, mientras que en el segundo impera el quebrantamiento únicamente de la norma subjetiva de determinación, por supuesto, con las particularidades que en cada Estado miembro haya establecido su Constitución Política y el orden jurídico interno. Así lo dejó sentado la sentencia del 14 de octubre de 2019, antes referenciada, al disponer sin discusión alguna:

113. Sin perjuicio de lo señalado, o sea, de la identidad de la conducta, lo que se plantea en el caso es si una misma conducta que es penada como delito, puede ser materia de sanciones conforme a otra rama jurídica y, en este caso, conforme al derecho disciplinario.

114. En principio, la sanción penal en general no excluye la posibilidad de que la misma conducta sea sancionada por aplicación de normas de otra rama jurídica: es obvio que no se excluye la posibilidad de reparación en sede civil, por ejemplo, dado que la pena y la reparación civil persiguen objetivos diferentes y la responsabilidad se establece en cada rama conforme a sus propios principios. Lo mismo sucede con las sanciones políticas que consisten en la separación del cargo del sometido a juicio político, lo que no obsta a la posible pena en sede penal y reparación en sede civil.

115. En el presente caso corresponde establecer si la sanción penal y la sanción administrativa tienen el mismo objeto y los consiguientes idénticos principios para regular la responsabilidad. No obstante, la cuestión no merece mayor análisis, porque es conocimiento jurídico común que la sanción del derecho disciplinario tiene por objeto la preservación del orden interno de una institución, es decir, se reserva a sus *intraneus* para mantener la disciplina entre ellos, llegando a la exclusión de la persona de la institución porque su conducta se considera incompatible con ese orden. Es obvio que este objetivo de la sanción administrativa nada tiene que ver con el de la penal, al punto de que incluso —como es sabido— aunque el comportamiento de la presunta víctima hubiese sido atípico penalmente, eso no hubiese obstado, eventualmente para la viabilidad de la sanción administrativa que, conforme a su objetivo y naturaleza diversa de la penal, responde a criterios propios de responsabilidad.





116. Por tanto, al no perseguir el mismo objetivo ambas sanciones, la Corte considera que el Estado no incurrió en una violación al principio *ne bis in idem* establecido en el artículo 8.4 de la Convención en relación con el fuero penal ordinario y el proceso disciplinario militar.

Todos los criterios materiales allí sentados tienen anclaje en una interpretación convencional, sistemática y axiológica, fundada en los derechos humanos internacionalmente reconocidos y de conformidad con las reglas adoptadas por el Orden Público Internacional de los Derechos Humanos —*muy especialmente por el contenido del artículo 29 de la Convención Americana, sobre normas jurídicas de interpretación*—, como se dejó consignado expresamente en el Caso Rosadio Villavicencio vs. Perú:

[...] Al respecto es menester precisar que el método exegético o literal de interpretación de textos jurídicos, conforme a la doctrina y jurisprudencia ampliamente difundida, debe ser armonizado con otros métodos de interpretación contenidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y otros tratados internacionales de Derechos Humanos. A este respecto, cabe entender que las garantías del artículo 8º —*Convención Americana*— por una parte constituyen un Derecho Humano previsto en la Convención y, por otra parte, no son limitativas por lo que debe interpretarse que su texto abarca todo lo que sea necesario para realizar las normas garantizadoras referidas al derecho penal material o de fondo y otras normas de derecho internacional aplicables (Párrafo 89).

- 11) Colombia excluye de los componentes limitantes de la libertad de acción a la moral, inclusive a la moral pública, solo da cuenta, y en forma acumulativa, de los derechos de los demás y del orden jurídico, tal cual reza el artículo 16 de su Carta Política.
- 12) Si se considerase introducir como límite de la libertad a la moral o a la interpretación efectuada por el Comité de Derechos Humanos de la ONU referido en el punto n.º 10), las autoridades públicas, y muy especialmente los jueces de la República, debe acudir al Control de Convencionalidad y aplicar los literales a) y b) del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos





Humanos en armonía con los artículos 4 y 93 de la Carta Política, desestimando toda implicancia de las consecuencias que impone una visión subjetivista del injusto penal.

- 13) La moral y/o la ética se ocupan de la rectitud de la intención (Hartmann, 1961, pp. 154, 155 y 160), el Derecho solo debe ocuparse de la interferencia intersubjetiva de derechos llevada a cabo por una persona, pues la alteridad es la regla regulativa que le otorga a la corrección o incorrección externa del acto el valor de lo jurídico o de lo antijurídico, al margen de la corrección o incorrección interna del acto.

- 14) Pensamos que Hartmann (1961) pone en su sitio a la moral y en su sitio a la justicia:

La justicia —que está ligada a normas y leyes— sólo es capaz en último término de alcanzar la vida externa del hombre. No puede entrar en todas las esferas de la vida humana; pues el juez “que hace acepción de personas” es injusto. Por eso representaban los antiguos a Temis, la diosa de la justicia, con los ojos cerrados y una balanza y una espada en las manos. El amor al prójimo llega, por el contrario, a las profundidades del alma. Nada es para él demasiado pequeño o demasiado insignificante. Este amor ve no sólo el acto, las manifestaciones externas, sino la situación en toda su plenitud y la intención del que obra (p. 149).

- 15) Un Derecho penal de *ultima ratio* o mínima intervención no parece resultar compatible con una idea de injustos subjetivos; ahora, de todos modos, sí resulta serlo con su contraria del injusto objetivo. Un injusto objetivo favorece en mayor medida la libertad que un injusto subjetivo, de manera que, acudiendo a una interpretación *pro homine* o *pro libertate*, la libertad está mayormente asegurada en un sistema penal que privilegie el desvalor de resultado sobre el desvalor de acción.





Bibliografía



- ABAGNANO, N. (1978). *Historia de la filosofía* (vol. 3). Ed. Montaner y Simón, S.A.
- ALCÁZER GUIRAO, R. (2000). *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*. Granada: Editorial Comares.
- ALCHOURRÓN, C. & BULYGIN, E. (1997). *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. México: Fontamara.
- ALEXI, R. (2001). *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ATIENZA, M. & RUIZ MANERO, J. (1996). *Las piezas del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- BACIGALUPO, E. (1999). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Hammurabi.
- BARBOSA CASTILLO, G. & GÓMEZ PAVAJEAU, C. A. (1996). *Bien jurídico y derechos fundamentales. Sobre un concepto de bien jurídico para Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BECCARÍA, C. (1994). *De los delitos y de las penas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., FERRÉ OLIVÉ, J. C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO-PIEDecasas, J. R. & TERRADILLOS BASOCO, J. (2004). *Curso de Derecho Penal, Parte General*. Barcelona: Ediciones Experiencia.
- BIRNBAUM, J. M. F. (2010). *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Montevideo-Buenos Aires: B de F.
- BOBBIO, N. (1965). *Derecho y lógica*. México: Universidad Nacional Autónoma.
- BOBBIO, N. (1990). *Contribución a la teoría del Derecho*. Madrid: Debate.
- BORJA JIMÉNEZ, E. (2006). Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España. *Revista Curso de Direito Universidade Federal de Uberlândia*. V. 34: 11-74.





- BRAMONT-ARIAS TORRES, L. M. (2002). *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Lima: Editorial y Distribuidora de Libros S.A.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. (1994). *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Barcelona: PPU.
- CANARIS, CLAUS-WILHELM. (1998). *El sistema en la jurisprudencia*. Juan Antonio García Amado (Trad.). Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- CARACCILO, R. (1999). *La noción de sistema en la Teoría del Derecho*. México: Fontamara.
- CARNELUTTI, F. (1952). *Teoría General del delito*. Víctor Conde (Trad.). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- CARO JOHN, J. A. (2014). *Manual teórico-práctico de teoría del delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*. Lima: Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos.
- CARRILLO LÚQUEZ, R. (1947). *Ambiente Axiológico de la Teoría Pura del Derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- CARRILLO, R. (1985). Filosofía del Derecho como filosofía de la persona. En *La filosofía en Colombia –Siglo XX–*. Bogotá: Editorial Nueva Biblioteca Colombiana de Cultura.
- CEREZO MIR, J. (1981). *La doble posición del dolo en la ciencia del derecho penal española*. En *ADPCP*, T.XXXIV, Fasc. II y III, Mayo-Diciembre 1981, pp. 455-460. [Consultado el 27 de octubre de 2020]. <http://www.cienciaspenales.net>
- CUELLO CONTRERAS, J. (1996). *El derecho penal español. Parte general*. Madrid: Civitas.
- DE CABO, A. & PISARELLO, G. (2001). Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales. En *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Luigi Ferrajoli (Director). Madrid: Editorial Trotta.
- DE LA FUENTE, J. E. (2008). *El aspecto subjetivo de las causas de justificación*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.





DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (2002). Autoría y Participación. *Revista de Estudios de la Justicia* (N.º 10, año 2008). Santiago de Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 43 y 44. [Consultado el 27 de octubre de 2020]. http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej10/DIAZ_Y_GARCIA.pdf

ENGISCH, K. (2008). *La causalidad como elemento de los tipos penales*. Marcelo Sancinetti (Trad.). Buenos Aires: Hammurabi.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. (1988). Cómo es posible una dogmática axiológica. En *Libro Homenaje a Francesco Carrara en el centenario de su muerte*. Bogotá: Temis.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. (1990). *Delito y Error*. Bogotá: Temis.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. (2012a). *Derecho Penal Parte General, Teoría del delito y de la pena Vol. I. El delito: visión positiva y negativa*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. (2012b). *Derecho Penal Parte General, Teoría del delito y de la pena Vol. II. Dispositivos amplificadores, concursos y pena*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. El derecho penal clásico de Carrara y la dogmática axiológica de nuestros días. En *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle* (Volumen XI, número 19).

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. Sobre la lógica y la justicia en el derecho penal. En *Revista Derecho Penal y Criminología* (Edición citada, N.º 27-28, años 1985 -1986).

FERNÁNDEZ MONTES, M. (1957). *Estructuras de responsabilidad punible*. Madrid: Aguilar.

FERRAJOLI, L. (2001a). Derechos Fundamentales. En *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Luigi Ferrajoli (Director). Madrid: Editorial Trotta.

FERRAJOLI, L. (2001b). Los Derechos Fundamentales en la Teoría de Derecho. En *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Luigi Ferrajoli (Director). Madrid: Editorial Trotta.





- FERRAJOLI, L. (2001c). Los fundamentos de los derechos fundamentales. En *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Luigi Ferrajoli (Director). Madrid: Editorial Trotta.
- FERRARI, V. (1989). *Funciones del Derecho*. Madrid: Debate.
- FINZI, M. & NÚÑEZ, R. C. (1945). *Código Penal Alemán Comentado*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
- FLORIÁN, V. (2006). *Diccionario de Filosofía*. Bogotá: Panamericana.
- FRONDIZI, R. (1986). *¿Qué son los valores?* México: Fondo de Cultura Económica.
- GARCÍA CAVERO, P. (2019). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Ideas Solución Editorial.
- GARCÍA MORENTE, M. (1984). *Lecciones Preliminares de Filosofía*. Bogotá: Ediciones Nacionales.
- GARCÍA VALDEZ, C. Y OTROS. (1993). *Derecho penal constitucional. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Tomo I)*. Barcelona: PPU.
- GIL GIL, A. (2002). *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*. Granada: Editorial Comares.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (1979). *Introducción a la parte general del derecho penal español*. Madrid: Universidad Complutense.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (1983). *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?* Bogotá: Temis.
- GOLDSCHMIDT, J. (1961). *Principios generales del proceso II, problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- GÓMEZ MÉNDEZ, A. & GÓMEZ PAVAJEAU, C. A. (2008). *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.





GÓMEZ PAVAJEAU, C. A. & GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, C. (2017). *Neurociencias y derecho. Reflexiones sobre la cognición social, el libre albedrío, la dignidad humana, la culpabilidad y la prueba novel*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

GÓMEZ PAVAJEAU, C. A. & OTERO SUÁREZ, I. D. (2019). *El decálogo del juez como cerebro jurídico del constitucionalismo moderno. De los axiomas y silogismos fundamentales para el derecho penal y disciplinario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

GÓMEZ PAVAJEAU, C. A. (2011). La dignidad de la persona como fundamento del orden jurídico. La Teoría del sujeto de derecho penal. En *Revista Derecho Penal y Criminología* (Volumen 32, N.º 93). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

GÓMEZ PAVAJEAU, C. A. (2017a). Interpretación y aplicación de normas internacionales sobre derechos humanos en materias penal y disciplinaria. En *Fundamentos liberales y sociales del Derecho Penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

GÓMEZ PAVAJEAU, C. A. (2017b). “Interpretación y aplicación de normas internacionales sobre Derechos Humanos en materias penal y disciplinaria” y “Las normas del *soft law* como formas particulares de fuentes del derecho internacional de los Derechos Humanos y su integración a la legislación colombiana”. En *Fundamentos liberales y sociales del Derecho Penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

GÓMEZ PAVAJEAU, C. A. (2017c). *Introducción al Derecho Penal Constitucional*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

GÓMEZ PAVAJEAU, C. A. (2017d). *La dogmática jurídica como ciencia del derecho. Sus especies penal y disciplinaria. Necesidad, semejanzas y diferencias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

GÓMEZ PAVAJEAU, C. A. (2017e). Principios y normas rectoras. En *Fundamentos liberales y sociales del Derecho Penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.





- GÓMEZ PAVAJEAU, C. A. (2018). *Neuroderecho penal y disciplinario. Conducta humana, consciencia de la ilicitud y reproche jurídico-social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- GÓMEZ PAVAJEAU, C. A. (2019a). Grecia y su filosofía perenne. En *Opúsculos de Neuroantropología Filosófica (Tomo I. La materia prima del derecho penal y disciplinario: razón, emoción y el dilema libre albedrío-determinismo de la conducta humana desde las perspectivas del inconsciente y la consciencia)*. Rafael Valle Oñate, Carolina Gutiérrez de Piñeres & Carlos Arturo Gómez Pavajeau (Directores). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- GÓMEZ PAVAJEAU, C. A. (2019b): La ética de las virtudes, los preceptos estimulantes y las sanciones positivas: tres cuestiones pendientes en el Derecho Disciplinario. En *Crítica disciplinaria a propósito de la reforma Ley 1952 de 2019*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- GÓMEZ PAVAJEAU, C. A. (2020a). *Dogmática del Derecho Disciplinario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- GÓMEZ PAVAJEAU, C. A. (2020b). *El principio de la antijuridicidad material. Fundamentos constitucionales, doctrinales y jurisprudenciales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- GÓMEZ PAVAJEAU, C. A. (2020c). *Estudios de Dogmática en el Código Penal de 2000*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- GÓMEZ PAVAJEAU, C. A. Principios rectores y Derecho Disciplinario en Colombia. En *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública* (Año 1, N.º 1). Brasil: Editora Fórum.
- GÓMEZ RIVERO, M. DEL C., MARTÍNEZ MORALES, M. I. & NÚÑEZ CASTAÑO, E. (2010). *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte General*. Madrid: Editorial Tecnos.
- GÓMEZ TOMILLO, M. & SANZ RUBIALES, I. (2017). *Derecho Administrativo Sancionador, Parte General*. Aranzadi.





- HAEFFNER, G. (1986). *Antropología filosófica*. Barcelona: Herder.
- HARTMANN, N. (1954). *La nueva ontología*. Emilio Estiú (Trad.). Buenos Aires: Editorial Suramericana.
- HARTMANN, N. (1961). *Introducción a la filosofía*. José Gaos (Trad.). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- HURTADO POZO, J. (2005). *Manual de Derecho Penal, Parte General I*. Lima: Ediciones Jurídicas Grijley.
- JAKOBS, G. (1997). *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*. Joaquín Cuello Contreras & José Luis Serrano González de Murillo (Trad.). Madrid: Marcial Pons.
- JAKOBS, G. (1998). El concepto jurídico penal de acción. En *Revista Derecho Penal y Criminología*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH & WEIGEND, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal, Parte General Volumen I*. Miguel Olmedo Cardenete (Trad.). Lima: Instituto Pacífico.
- KALINOWSKI, G. (1973). *Introducción a la lógica jurídica. Elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica*. Buenos Aires: EUDEBA.
- KALINOWSKI, G. (1996). *Lógica de las normas y lógica deóntica*. México: Fontamara.
- KELSEN, H. (1994). *Teoría general de las normas*. México: Trillas.
- LARRAÑAGA, P. (2000). *El concepto de responsabilidad*. México: Fontamara.
- LÓPEZ CALERA, N. M. (1969). *La estructura lógico-real de la norma jurídica*. Madrid: Editora Nacional.
- LORCA NAVARRETE, A. M. (1987). *La presunción de inocencia en la doctrina del Tribunal Constitucional Español*. En *Nuevo Foro Penal* (N.º 36, abril-junio 1987). Bogotá, Editorial Temis, pp. 153 y ss. [Consultado el 31 de octubre de 2020]. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/4243/3495/>





- LOZANO MANEIRO, A. (1998). *La autoría y la participación en el delito. Análisis comparado de los ordenamientos español, francés e italiano desde la perspectiva de un Derecho común europeo*. [Tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid].
- MAÑALICH R., J. P. (2002). Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación. En *Revista de Estudios de la Justicia* (N.º 3, año 2003). Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 157. [Consultado el 27 de octubre de 2020]. http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej3/archivos/articulo_revista_manalic%20_14_.pdf.
- MAYER, M. E. (2007). *Derecho Penal, Parte General*. Sergio Politoff Lifschitz (Trad.). Montevideo-Buenos Aires: B de F.
- MERKEL, A. *Derecho Penal*. Pedro Dorado Montero (Trad.). Madrid: La España Moderna.
- MIR PUIG, S. (2011). *Bases constitucionales del derecho penal*. Madrid: IUSTEL.
- MIR PUIG, S. (2016). *Derecho Penal, Parte General*. Barcelona: Editorial Reppertor.
- MORENO-TORRES HERRERA, M. R. (1999). *Tentativa de delito y delito irreal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE, F. & GARCÍA ARÁN, M. (2010). *Derecho Penal, Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- NAVARRO, P. & REDONDO, C. (2002). *Conocimiento jurídico y determinación normativa*. México: Fontamara.
- OLIVECRONA, K. (1992). *Lenguaje jurídico y realidad*. México: Fontamara.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D. (2004). *Jueces, derecho y política*. Navarra: Thomson-Aranzadi.
- PACHECO GÓMEZ, M. (1987). *Los Derechos Humanos. Documentos básicos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.





- PESSOA, N. R. (2007). *Injusto penal y tentativa. Desvalor de acción y de resultado. Injusto tentado e injusto consumado*. Buenos Aires: Hammurabi.
- PETRONE, I. (1896). *Filosofía del Derecho en Alemania*. Cristóbal de Reyna (Trad.). Madrid: Saturnino Calleja Fernández.
- POLAINO NAVARRETE, M. (2017). *Lecciones de Derecho Penal, Parte General Tomo I*. Madrid: Editorial Tecnos.
- PUPPE, I. (2010). *La distinción entre dolo e imprudencia. Comentario al artículo 15 del Código Penal alemán*. Marcelo Sancinetti (Trad.). Buenos Aires: Hammurabi.
- ROBINSON, P. H. (2012). *Principios distributivos del Derecho penal*. Manuel Cancio Meliá e Iñigo Ortiz de Urbina (Trad.). Madrid: Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1976). *Legítima defensa real y putativa en la doctrina del Tribunal Supremo*. Madrid: Editorial Civitas.
- RODRÍGUEZ, L. (1992). *Deber y valor*. Madrid: Tecnos.
- ROSS, A. (2000). *Lógica de las normas*. Granada: Comares.
- ROXIN, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo & Javier de Vicente Remesal (Trad.). Madrid: Civitas.
- ROXIN, C. (2003). *Derecho Penal. Parte General, Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, José Manuel Paredes Castañón & Javier de Vicente Remesal (Trad.). Madrid: Civitas.
- ROXIN, C. (2016a). El injusto penal en el campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual. En *La teoría del delito en la discusión actual* (Tomo I). Manuel A. Abanto Vásquez (Trad.). Lima: Editorial Jurídica Grijley.





- ROXIN, C. (2016b). La tentativa fracasada: ¿una figura jurídica superflua y derrochadora de capacidad? En *La teoría del delito en la discusión actual* (Tomo II). Manuel A. Abanto Vásquez (Trad.). Lima: Editorial Jurídica Grijley.
- ROXIN, C. (2016c). Sesenta años de ley fundamental alemana desde la perspectiva del Derecho penal. En *La teoría del delito en la discusión actual* (Tomo II). Manuel A. Abanto Vásquez (Trad.). Lima: Editorial Jurídica Grijley.
- ROXIN, C. (2016d). Sobre el estado actual de la teoría de la acción en el Derecho penal alemán. En *La teoría del delito en la discusión actual* (Tomo II). Manuel A. Abanto Vásquez (Trad.). Lima: Editorial Jurídica Grijley.
- ROXIN, C. (2016e). Sobre el reciente desarrollo de la dogmática penal en Alemania. En *La teoría del delito en la discusión actual* (Tomo II). Manuel A. Abanto Vásquez (Trad.). Lima: Editorial Jurídica Grijley.
- ROXIN, C. (2016f). Sobre los nuevos desarrollos en el debate acerca del bien jurídico. En *La teoría del delito en la discusión actual* (Tomo II). Manuel A. Abanto Vásquez (Trad.). Lima: Editorial Jurídica Grijley.
- RUBIO LLORENTE, F. Y OTROS. (1995). *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*. Barcelona: Ariel.
- RUNES, D. (1994). *Diccionario de Filosofía*. Barcelona: Grijalbo.
- SAMPEDRO ARRUBLA, C. (2010). La antijuridicidad formal. En *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI, Derecho Penal* (Tomo III). Bogotá: Universidad Javeriana-Editorial Temis.
- SÁNCHEZ HERRERA, E. M. (2020). *Las causales de ausencia de responsabilidad penal*. Bogotá: Editorial Leyer.
- SANZ MORÁN, Á. (1993). *Elementos subjetivos de la justificación*. Barcelona: José María Bosch Editor.
- SCHELER, M. (2000). *El puesto del hombre en el cosmos*. Vicente Gómez (Trad.). Barcelona: Alba Editorial.





- SCHWARTZ, B. (1990). *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*. Madrid: Civitas.
- SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J. R. (2001). *Fundamentación del injusto de la tentativa*. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba.
- SOLA RECHE, E. (1996). *La llamada “tentativa inidónea” de delito*, Granada: Editorial Comares.
- STRATENWERTH, G. (2005). *Derecho Penal, Parte General, El hecho punible*. Manuel Cancio Melia y Marcelo Sancinetti (Trad.). Buenos Aires: Hammurabi.
- STRATENWERTH, G. (2006). *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho penal*. Marcelo Sancinetti & Patricia Ziffer (Trad.). Buenos Aires: Hammurabi.
- STRUENSEE, E. (1987). El tipo subjetivo del delito imprudente. En *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (Tomo 40, fasc/mes 2).
- SUÁREZ MONTES, R. F. (1963). *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*. Madrid: Ediciones Rialp S.A.
- TAVARES, JUÁREZ E. X. (2004). *Bien jurídico y función en Derecho penal*. Mónica Cuñarro (Trad.). Buenos Aires: Hammurabi.
- TISNADO SOLÍS, L. A. (2020). **Fundamentos y límites de la intervención delictiva**. En *Revista N.º 71*, Abr.-Jun. Bogotá, Legis, pp. 165-190. [Consultado el 27 de octubre de 2020]. https://xperta.legis.co/visor/temp_rpenal_2d87ea65-4e83-443a-87c3-81d0e7c3663f
- VACCHELLI, E. (2015). La crisis de la accesoriedad limitada. En *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* (Año 14, N.º 2 | Noviembre de 2015), p. 136. [Consultado el 27 de octubre de 2020]. https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-14/Revista_Juridica_Ano14-N2_04.pdf
- VACCHELLI, E. (2018). *Intervención delictiva: significado y función del principio de accesoriedad*. Barcelona, Universidad Pompeu Fabra-Departamento de Derecho Tesis Doctoral, pp. 236 y 237. [Consultado el 27 de octubre de 2020]. <https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/665393/tev.pdf?sequence=1&isAllowed=y>





- VALLE MUÑIZ, J. M. (1994). *El elemento subjetivo de la justificación y la graduación del injusto penal*. Barcelona: PPU.
- VALLE OÑATE, R. (2019). El inconsciente en acción: nocebo y placebo. En *Opúsculos de Neuroantropología Filosófica* (Tomo I). *La materia prima del derecho penal y disciplinario: razón, emoción y el dilema libre albedrío-determinismo de la conducta humana desde las perspectivas del inconsciente y la consciencia*. Rafael Valle Oñate, Carolina Gutiérrez de Piñeres y Carlos Arturo Gómez Pavajeau (Directores). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (2020). *Fundamentos de Derecho Penal, Parte General*. Bogotá: Tirant Lo Blanch.
- VILLAVICENCIO TERREROS, F. (2006). *Derecho Penal, Parte General*. Lima: Ediciones Jurídicas Grijley.
- VITALE, E. (2001). Sobre la fundamentación de los Derechos Fundamentales. En *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Luigi Ferrajoli (Director). Madrid: Editorial Trotta.
- VOL, K. (2005). Los principios del proceso penal y la sociedad posmoderna: contradicciones y perspectivas. En *Constitución y Sistema acusatorio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- VON FEUERBACH, P. J. A. R. (1989). *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- VON IHERING, R. (1946). La teoría del interés. Anexo en *La Dogmática Jurídica*. Enrique Príncipe y Satorre (Trad.). Buenos Aires: Editorial Losada S. A.
- VON WRIGHT, G. H. (1997). *Normas, verdad y lógica*. México: Fontamara.
- WELZEL, H. (1956). *Derecho Penal, Parte General*. Carlos Fontán Balestra (Trad.). Buenos Aires: Roque Depalma Editor.
- WELZEL, H. (1970). Ley y conciencia. En *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.





- WELZEL, H. (2001). *El nuevo sistema del derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial IB de F.
- WESSELS, J. (1980). *Derecho Penal, Parte General*. Conrado A. Finzi (Trad.). Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- WESSELS, J., BEULKE, W. & SATZGER, H. (2018). *Derecho Penal, Parte General. El delito y su estructura*. Raúl Pariona Arana (Trad.). Lima: Instituto Pacífico.
- ZAFFARONI, E. R. (1988). *Criminología. Aproximación desde un margen* (Vol. I). Bogotá: Temis.
- ZAFFARONI, E. R. (2017). *Derecho Humano. La doctrina de los juristas y el poder en el siglo XXI*. Buenos Aires: Hammurabi.
- ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. & SLOKAR, A. (2002). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: EDIAR.

