

Ausencia de lesividad y causales de justificación como criterios negativos de imputación objetiva

José María Peláez Mejía

Como citar este artigo: PELÁEZ MEJÍA, José María. Ausencia de lesividad y causales de justificación como criterios negativos de imputación objetiva. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 4, p. 145-210, 2019. DOI: [10.46274/1809-192XRICP2019v4p145-210](https://doi.org/10.46274/1809-192XRICP2019v4p145-210).



AUSENCIA DE LESIVIDAD Y CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN COMO CRITERIOS NEGATIVOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA¹

ABSENCE OF HARMFULNESS AND CAUSES OF JUSTIFICATION AS NEGATIVE CRITERIA OF OBJECTIVE IMPUTATION

José María Peláez Mejía

Doctor en Derecho de la Universidad Libre de Colombia. Magister en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Libre de Colombia. Magister en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre de Colombia. Profesor Asociado y Docente Investigador de la Universidad Libre de Cúcuta.

Recebido em: 15/06/2019

Área: Direito Penal

Resumen:

Mediante la presente investigación se pretende demostrar como hipótesis de trabajo que las tradicionales causales de justificación (cumplimiento de un deber legal, obediencia debida, estado de necesidad justificante, legítima defensa, ejercicio de un derecho, cargo público o actividad lícita, etc.) son en realidad modalidades de “riesgo permitido”, razón por la

¹ El presente artículo de investigación corresponde a una síntesis de mi tesis doctoral desarrollada en la Universidad Libre de Colombia y denominada: “*Causales de justificación y ausencia de lesividad como criterios negativos de imputación objetiva: una propuesta de ampliación del concepto riesgo permitido para la constitución de un esquema bipartito del delito.*” Dicha tesis obtuvo la calificación de *summa cum laude* por parte del Tribunal encargado de evaluar la misma. Actualmente existen dos versiones: **i)** la versión original de la tesis que puede consultarse *online* en el siguiente link: https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/15552/Libro_Tesis%2012.31.12%20p.m..pdf?sequence=1&isAllowed=y; y **ii)** una versión ampliada en la cual se incluyen varios capítulos nuevos, entre los cuales se destaca el análisis de por qué la “conducta” no debe ser estudiada como un elemento anterior a la tipicidad, sino como un elemento del “tipo penal” que fue publicada de la siguiente manera: PELÁEZ MEJÍA, José María. *Fundamentos de un esquema bipartito del delito*. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2019.

cual el examen de todas ellas debe darse en el terreno de la imputación objetiva como verdaderas causales de atipicidad y no como conductas típicas carentes de antijuridicidad (entendida como una categoría dogmática independiente). Así las cosas, y dado que también la lesividad hace tiempo es un criterio de tipicidad objetiva, estaríamos presenciando el abandono definitivo de un esquema tripartito del delito, cuya larga agonía no fue más que la crónica de una muerte anunciada; siendo ello así, porque la función, antiguamente cumplida por la antijuridicidad en el sistema jurídico-penal, ha quedado hoy satisfecha en mejor forma a partir de los criterios analíticos que estructuran la imputación objetiva.

Palabras clave:

causales de justificación, imputación objetiva, lesividad, riesgo permitido.

Abstract:

Through this investigation, it is intended to demonstrate as a working hypothesis that the traditional causes of justification (fulfilling a legal duty, due obedience, justifying state of need, legitimate defense, exercise of a right, public office or lawful activity, etc.) are actually “allowed risk” modalities. This is why the examination of all of them must occur in the field of objective imputation, as true causes of atypicality and not as typical behaviors lacking in unlawfulness (understood as an independent dogmatic category). Thus, and since the harmfulness has long been a criterion of objective typicity, we would witness the definitive abandonment of a tripartite scheme of crime, whose long agony was nothing more than the chronicle of an announced death. Being this way, because the function, formerly fulfilled by the unlawfulness in the legal-criminal system, has been satisfied today in a better way based on the analytical criteria that structure the objective imputation.

Keywords:

causes of justification, objective imputation, harmfulness, allowed risk.

Sumário: 1. Introdução. 2. Fundamentos constitucionales, significado, alcance y criterios de imputación objetiva. 2.1. La causalidad como un requisito anterior al juicio de imputación objetiva. 2.2. El concepto y niveles de imputación objetiva. 2.3. Los fundamentos de la imputación objetiva. 2.3.1. Fundamentos a partir del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. 2.3.2. Fundamentos a partir del principio de culpabilidad. 2.3.3. Fundamentos a partir del principio de legalidad. 3. La lesividad y la ausencia de lesividad como criterios negativos de imputación objetiva. 3.1. El principio de lesividad. 3.2. La “lesividad”

y la “ausencia de lesividad” como problemas de imputación objetiva. 4. Las causales de justificación como criterios negativos de imputación objetiva al ser modalidades de riesgo permitido. 4.1. La razón de ser de la distinción entre tipicidad y antijuridicidad, así como entre causales de atipicidad y causales de justificación. Enunciación de la toma de postura al respecto y de los argumentos contrarios a la misma. 4.2. Causales de justificación como criterios negativos de imputación objetiva: una ampliación del concepto de riesgo permitido. 4.2.1. Breve presentación del modelo ampliado de riesgo permitido. 4.2.2. Argumentos que soportan la tesis según la cual las “causales de justificación” constituyen riesgos permitidos (eventos de atipicidad objetiva por falta de imputación objetiva). 4.2.2.1. Argumento lógico-normativo. 4.2.2.2. Argumento constitucional o a partir de principios limitadores del ius puniendi. 4.2.2.3. Argumento dogmático-histórico. 5. Conclusiones: presentación del esquema bipartito del delito propuesto. Referencias.

1. Introducción

A partir de la demostración de dicha *hipótesis de trabajo* se buscarán levantar los pilares fundamentales para la elaboración dogmática de un *esquema del delito bipartito* adecuado para materializar el sistema de protección de derechos humanos que adoptaran los *modelos de constitucionalismo principialista*², viabilizándose así de manera idónea la determinación de los elementos estructurales de la responsabilidad penal; es decir, (de una u otra manera) la construcción de *una teoría globalizada del delito* que supere las serias contradicciones, hermetismos, simplezas o deficiencias, según el caso, de la dogmática jurídico-penal³ actual del

² Al respecto nos dice PINO que el *constitucionalismo principialista* o *neoconstitucionalismo* (en contraposición al garantista) afirma que: (i) Los derechos fundamentales son valores o principios de tipo moral; (ii) Que tales principios son esencial, estructural y pragmáticamente diversos de las reglas por estar dotados de una normatividad más débil; (iii) Que como consecuencia de tal distinción, los principios no pueden ser sometidos al ejercicio de “subsunción” como las reglas, sino a la “ponderación” (Alexy) o el “balanceo” (Dworkin), y (iv) Que, por ende, al haber incorporado las constituciones tales principios morales y a su vez todo juez o tribunal constitucional debe incluirlos en sus decisiones, es necesario conceder que existe entre el derecho y la moral una relación conceptual necesaria. Cfr. PINO, G. Principios, ponderación, y la separación entre Derecho y moral. En: DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho* [en línea]. 2011, vol. 34. ISSN: 0214-8676, p. 201-228.

³ Se asume como concepto de Dogmática Jurídica el siguiente: “*es una serie de enunciados que se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del Derecho, pero no pueden identificarse con su descripción, están entre sí en una relación de coherencia mutua,*

mundo, en la que, lejos de observarse algún tipo de acuerdo doctrinal o jurisprudencial, es posible avizorar cada vez más el aumento paulatino de las divergencias insalvables en torno a la estructuración, sistematización y aplicación de los elementos del delito. Todas estas *situaciones problemáticas*⁴ permiten dejar sentado y explicado sin lugar a dudas que la disparidad conceptual es tan grande, que de no dársele una solución a ello, ante la inminente construcción de ordenamientos jurídicos globales e internacionales (como por ejemplo el Estatuto de Roma) sería bastante probable que se renunciara a cualquier intento de elaboración de una Ciencia del Derecho Penal y en consecuencia también a una sistematización coherente de los elementos configurativos del delito, que dejarían en el valle de la inseguridad jurídica, la arbitrariedad y el intuicionismo pedestre la solución de los casos penales que llegaran ante esas instancias supranacionales. Por lo tanto, se buscarán eliminar dichas **contradicciones** en el proceso de sistematización abandonando el intento infructuoso de mantener la *antijuridicidad* como un elemento independiente del delito y considerándolo en contraposición a ello un criterio de imputación objetiva cuyos aspectos negativos deberán ser tratados en el terreno de la tipicidad. Así pues, llevando las anteriores consideraciones a ordenamiento jurídicos que incorporan un Estado Social y Democrático de Derecho, será posible observar que, para la configuración de una nueva teoría del delito como la propuesta, será necesario delinear la dogmática jurídico-penal de acuerdo con los principios y valores que sean adoptados como *límites al ius puniendi* por parte a la Constitución Política vigente en cada estado determinado.

Bajo tal óptica, constituciones políticas como la colombiana han consagrado como principio constitucional el *derecho penal de acto*, materializándolo en una norma rectora del Código Penal conforme a la cual “*la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado*”,

se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente, y tienen un contenido normativo.” ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 246.

⁴ Al respecto Cfr., BAUCE, Gerardo. El problema de investigación. En: Revista de la Facultad de Medicina, 2007. vol. 30. no. 2. p. 115-118 BUNGE, Mario. La investigación científica. Su estrategia y su filosofía. Barcelona: Editorial Ariel, 1987. p. 189; MEDINA, L. Como plantear un problema de investigación y seleccionar un diseño de estudio apropiado. En: Archivos en Medicina Familiar. Julio-septiembre, 2007. vol. 9. no. 3. p. 127-132; QUINTANA, Alberto. Planteamiento del problema de investigación: errores de la lectura superficial de libros de texto de metodología. En: *Revista IIPSE*. 2008. vol. 11. No. 1. p.239-253.

dándole cabida así al ingreso de la moderna teoría de la “imputación objetiva” como institución doctrinal y normativa edificada para la solución de los más diversos problemas de la dogmática jurídico penal. Por ello la imputación objetiva se ha constituido hoy en día en el tema central de las discusiones jurídico-penales, puesto que su ubicación dogmática, a la hora de atribuir responsabilidad a un individuo, se halla en el primer escalón del raciocinio jurisdiccional de adjudicación normativo-ontológica. Sin embargo, esto ha traído como consecuencia la preocupación doctrinal y jurisprudencial generalizada por delimitar la esencialidad de dicha teoría, ya que de su correcta aplicación depende la resolución definitiva y satisfactoria de las causas penales en los actuales Estados Sociales de Derecho. No obstante los resultados de aquel desvelo intelectual no han sido los esperados; por el contrario, se evidencia una verdadera nubosidad conceptual discordante que ha venido a dejar al operador jurídico en el punto central de las más álgidas teorías divergentes, cuyas consecuencias jurídico-prácticas terminan siendo utópicas o, en el peor de los casos, exageradamente normativistas y, por ende, tan nugatorias de los valores fundantes de un Estado Social y Democrático de Derecho (al cual va dirigida la subcategoría dogmática de la imputación objetiva) que resultan irremediabilmente insostenibles e inaplicables.

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

Por lo tanto, el **problema de investigación** que a través de la demostración de esta *hipótesis de trabajo* busca resolverse es el siguiente: ¿Qué función, ubicación y significado coherentes tendrían la antijuridicidad, la ausencia de lesividad y las causales de justificación al interior de un

Esquema del Delito que asumiera la *imputación objetiva* como uno de los elementos integrantes de la tipicidad objetiva?

Así las cosas, se iniciará esta construcción jurídica tratando de evitar al máximo los prejuicios dogmáticos existentes y se tomará entonces como punto de partida un referente conceptual-filosófico e interdisciplinario⁵. Desde tal perspectiva, se realizará con la presente investigación la fundamentación de los aspectos propositivos de la misma llevando a cabo para tales efectos, respectivamente, la argumentación con la cual se sustentarían **dos de las tres ideas centrales** de este trabajo: (i) que la ausencia de lesividad es un criterio negativo *independiente* de imputación objetiva; y (ii) que las causales de justificación son una modalidad de riesgo permitido y en consecuencia también criterios negativos de imputación objetiva. La **tercera idea central** de esta investigación es el resultado inevitable que se derivará de las anteriores dos ideas reseñadas y consistente en la **eliminación** de la antijuridicidad como categoría dogmática independiente configurativa del delito, al trasladarse sus niveles de análisis al terreno de la imputación objetiva que se encuentra ubicada en sede de tipicidad.

Para la fundamentación de esta tercera idea, que conllevará necesariamente la edificación de un esquema bipartito del delito, se utilizarán en el último acápite el *método dogmático* y la teoría del *constitucionalismo principialista* efectuando para tales fines una nueva propuesta de sistematización de los elementos de la responsabilidad penal en Colombia a partir de las conclusiones a las cuales se haya llegado en el desarrollo de cada sección.

2. Fundamentos constitucionales, significado, alcance y criterios de Imputación Objetiva

2.1. La causalidad como un requisito anterior al juicio de imputación objetiva⁶

La conducta tipificada, así como el resultado tipificado son, al tiempo, empíricos y normativos razón por la cual es necesario estable-

⁵ Los referentes teóricos y metodológicos interdisciplinarios no son novedosos en la investigación jurídica, sino que es una forma de auscultar la solución del problema planteado ya consolidados desde hace tiempo. Al respecto BOTERO, Andrés. Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica. En: *Revista de Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad del Norte. [En línea]. 2004. no. 21. p. 163-199. Disponible en Internet: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85102109>>.

⁶ Para ver el argumento completo Cfr. PELÁEZ MEJÍA, José María. La necesidad del análisis causal frente a la teoría de la imputación objetiva en el derecho penal. *Revista de Derecho*, 31(2), 295-320, 2018. doi:10.4067/S0718-09502018000200295

cer entre ellos puentes de conexión válidos y pertinentes que abarquen ambos mundos. Son por estas razones que la búsqueda de nexos omnicomprendivos resulta completamente inútil dado que una conexión meramente ontológica o puramente jurídica termina dejando inconcluso alguno de los presupuestos necesarios para la configuración del Delito en cualquier ordenamiento penal. Así las cosas, debe entenderse que el Delito no es únicamente onticidad, pero tampoco exclusiva normatividad, constituyendo una y otra una serie de agregados insuficientes a nivel individual pero necesarios en su concurrencia para afirmar la responsabilidad penal, razón por la cual tanto la causalidad como la imputación objetiva son elementos indispensables para establecer el compromiso criminal de un individuo por cuanto únicamente podrá atribuirse un hecho a una persona como obra suya si y sólo si (i) *empíricamente* se encuentran conectados entre sí el resultado, la conducta y el sujeto a quien se le atribuyen los mismos – **causalidad** –; y (ii) si a su vez *normativamente* puede decirse que hay una conexión jurídica que vincule resultado, conducta y ser humano (como partícipe o autor), de tal forma que los primeros le puedan ser atribuidos a éste último – **imputación objetiva** –.

Y es que debe recordarse que la exigencia de causalidad para ciertos delitos (Vgr., los de *resultado* empírico) no ha desaparecido de ninguna forma, encontrándonos con que la imputación objetiva, aun cuando en sus inicios pretendió ser una teoría causal que superara a todas sus predecesoras, logró independizarse de tal forma que se convirtió en un elemento independiente y adicional a ella que hoy en día integra el tipo penal objetivo y resulta necesario para afirmar la tipicidad objetiva del comportamiento, pero sin que deba equiparársela con ésta. Así pues, es absolutamente indispensables diferenciar conceptualmente varios significantes y la función que desde la perspectiva aquí defendida ellos cumplen, para evitar de esta manera confusiones inútiles que tan solo distraerían la atención en lo fundamental:

La imputación objetiva es un elemento del tipo penal objetivo (de la misma manera que lo son la causalidad, el objeto material, los sujetos, la acción, el resultado, etc.) que exige para su configuración dos niveles: la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (que podría llamarse imputación objetiva de primer nivel o imputación objetiva del comportamiento) y la realización del riesgo en el resultado (cuyo nombre podría ser el de imputación objetiva de segundo nivel o imputación objetiva del resultado). A su vez el tipo penal objetivo sería

una de las partes del “tipo penal” integrado por varios elementos entre los que se encontraría la “imputación objetiva” mientras que el juicio de tipicidad objetiva lo constituiría la operación mental a través de la cual comparamos los hechos investigados con los elementos del tipo penal objetivo para determinar si existe o no adecuación, subsunción valorativa o equivalencia entre ellos. En caso afirmativo, la consecuencia de dicho juicio de adecuación sería la “tipicidad objetiva” del hecho; y en caso contrario, la “atipicidad objetiva” del mismo. Al respecto es posible evidenciar la existencia de tres juicios de tipicidad objetiva: (i) un juicio de subsunción lógico; (ii) un juicio de imputación fáctica o del hecho empírico; y (iii) un juicio de imputación objetiva, los cuales serán explicados más adelante.

De esta manera, se tiene como definición de los tres juicios de tipicidad objetiva la siguiente: el *juicio de subsunción lógica* es aquel conforme el cual se selecciona de la realidad empírica, en concreto, los hechos cuyas características se adecúan a los sujetos activo y pasivo, la acción típica y el resultado típico, realizando para ello un simple ejercicio de exégesis o comparación entre las cualidades normativas que en abstracto han sido descritas en los distintos elementos objetivos del enunciado normativo de la parte especial del Código (verbo rector, elementos normativos, etc.) y la realidad empírica. Este primer paso es fundamental porque la realidad seleccionada es dual: empírica y normativa, y sobre cada uno de esos extremos vendrá a continuación un juicio posterior de valoración, razón por la cual a partir de este primer juicio es que se obtiene el objeto de valoración natural y jurídica. Como puede verse, la selección de la acción típica y del resultado típico no se hace en la causalidad ni en la imputación objetiva y por pensar lo contrario es que tantos desvaríos trajo consigo la construcción de esos dos escalones de análisis. No puede perderse de vista que con este juicio no se busca saber si el hecho ocurrido le pertenece empírica y normativamente al sujeto activo, sino tan solo seleccionar el material con el que en un análisis posterior (causalidad e imputación objetiva respectivamente) se determinará tal circunstancia. Es de aclarar que conforme la postura aquí esgrimida la causalidad y la imputación objetiva no hacen parte del juicio de subsunción porque aun cuando integran el tipo penal, la subsunción implica un ejercicio de encuadramiento, comparación o adecuación, mientras que la causalidad y la imputación objetiva un ejercicio de relación o determinación de conexiones.

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

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

Por último, se lleva a cabo un *juicio de imputación objetiva* que consistiría en determinar cuándo la acción y los resultados típicos están conectados jurídicamente y a su vez pertenecen en virtud de la adecuación de éstos a una serie de criterios normativos agrupados en dos grandes niveles: la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la realización de tal riesgo en el resultado, no olvidando que dicha imputación normativa aun cuando es necesaria para completar la tipicidad objetiva no constituye el reemplazo de la causalidad natural⁷ pues tienen fines de atribución diversos e indispensables para satisfacer finalmente la responsabilidad penal. Hechos y normas conformando una misma cosa (el Delito) y no lo uno ni lo otro sino una nueva categoría que cabalga entre dos mundos cual lo hizo el lienzo y la pintura al conformar la obra de arte.

2.2. El concepto y niveles de imputación objetiva

La imputación objetiva, como elemento del tipo penal, busca determinar dos cosas: (i) si están vinculadas jurídicamente la acción típica y el resultado típico; y (ii) si la totalidad de esa actuación puede serle imputada a una persona como obra suya. Para hacerlo se vale de los dos niveles antes referidos (como exigencias del mismo):

⁷ Una posición contraria que aboga por una causalidad de tipo funcional puede verse en: LAMPE, E. La causalidad y su función jurídico-penal, en *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2003. p. 59-96.

- i. La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y
- ii. La concreción del riesgo en el resultado como aspectos “positivos” de la imputación objetiva.

De esta manera, el riesgo permitido, la prohibición de regreso, el principio de confianza, la falta de lesividad, la no concreción del riesgo desaprobado en el resultado, etc., serían en realidad la faz negativa de cada uno de esos niveles de atribución normativa y no los subniveles de los dos escaños de imputación referidos, por lo cual se constituirían en verdaderas causales de ausencia de responsabilidad que aparecen como factores negativos de imputación objetiva al excluirse alguno de sus niveles. Ejemplificativamente, así como el dolo (compuesto positivamente por dos elementos uno cognitivo y otro volitivo) posee una contracara o faz negativa llamada “error de tipo invencible”, de la misma manera la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado como primer nivel de la imputación objetiva tiene – entre muchas otras – una contracara o faz negativa: el riesgo permitido. En consecuencia, así como aquél (el error de tipo invencible) genera atipicidad subjetiva, también éste (el riesgo permitido) produce la atipicidad objetiva del hecho y ambos, en últimas, serían entonces ausencias de responsabilidad.

2.3. Los fundamentos de la imputación objetiva

Para poder ofrecer una justificación al concepto de imputación objetiva ofrecido es necesario responder al menos estas tres preguntas: (i) ¿Por qué la imputación objetiva es un elemento del delito y no simplemente un método de interpretación o un conjunto de principios para determinar el alcance de la norma penal?; (ii) ¿Por qué la ubicación de la imputación objetiva es en el tipo objetivo y no en otro de los elementos del delito como por ejemplo la conducta o la antijuridicidad?; y (iii) ¿Cuál es el fundamento teórico, constitucional, legal o filosófico de la imputación objetiva como elemento configurativo necesario del delito?

Al respecto se afirma lo siguiente: la imputación objetiva es en realidad un requisito común a todos los delitos establecidos como tales por los códigos penales. En consecuencia, aun cuando surgió como un conjunto de criterios dispersos que servían para acotar el alcance de los tipos penales y en ese sentido parecía más un método de interpretación, para unos, y una especie de *topoi*, para otros, lo cierto es que hoy en día la imputación objetiva es un verdadero elemento indispensable del

delito consistente en la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la posterior realización de éste en el resultado. ¿Por qué? Porque los métodos de interpretación de la ley penal son *procedimientos* a través de los cuáles se busca hallar el significado de los enunciados normativos o, en otras palabras, un conjunto de operaciones mentales con las que se *atribuye* un significado (o norma) a un simple enunciado normativo de carácter penal⁸. Así pues, en este punto reviste especial importancia la distinción que existe entre el *significante* (o enunciado normativo), el *significado* (o norma) y el *método* para extraer el segundo del primero (la interpretación), puesto que la *imputación objetiva* sería el *resultado* o el *producto* de la interpretación realizada a los distintos tipos penales existentes más la generalización sistemática que se efectúa de tales interpretaciones a través de la *dogmática jurídica*⁹. De esta manera, una cosa sería la norma que exige siempre para la afirmación de la tipicidad penal “la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y su concreción en el resultado” y otra cosa muy distinta el *procedimiento* (o método de interpretación) a través del cual se pudo llegar a esa conclusión, por lo que no sería viable asimilar la “imputación objetiva” (el producto¹⁰) con la operación hermenéutica para su obtención.

⁸ PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón de. Razonamiento jurídico e interpretación constitucional. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Enero-abril, 1988. no. 22.

⁹ Es necesario aclarar que la dogmática jurídica tiene al menos tres significados: (i) es equiparable a la expresión *Ciencia del Derecho*, constituyendo por lo tanto un sinónimo de la misma [en este sentido lo es para ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 192; (ii) es el “*método científico*” empleado de manera primordial y por antonomasia en el seno de la Ciencia Jurídica, pero sin llegar por esto a confundirse o identificarse con ella (acá prefiere hablarse en consecuencia simplemente de *método dogmático* para diferenciarlo de la *dogmática jurídica*. Ver esta postura en: MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Montevideo: B de F S.A., 2007 p.151 y ss; y (iii) es una serie de enunciados que se refieren a las normas positivas establecidas por el Estado y a la aplicación del Derecho, pero sin llegar a equipararse con su simple descripción, razón por la cual es posible asimilar en este sentido la dogmática jurídica con la *Teoría* o el *Sistema* construido a partir de la interpretación y armonización de los ordenamientos jurídicos; así para ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 240 y ss.

¹⁰ En este punto es importante recordar que la “imputación objetiva” puede ser un “dogma” o “unidad simple” obtenida a partir del denominado método dogmático. Este último sería un procedimiento mediante el cual se interpretan los enunciados normativos contenidos en los textos legales estableciendo similitudes y diferencias, hasta reducir todo su significado a conceptos generales, categorías, unidades simples

En idéntico sentido es rebatible la consideración de que ésta es una serie de *topoi* dispersos porque aun cuando en sus inicios la imputación objetiva funcionó bajo una excesiva casuística y diversidad de principios, estos se fueron sistematizando y sintetizando hasta que finalmente la misma pudo definirse como un nexo jurídico entre la conducta y su autor verificable a partir de la tan citada creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y su posterior realización en el resultado. Es decir, ya no funciona éste elemento del delito bajo la metodología del “caso” sino a través de unidades simples y concretas de aplicación lógica completamente definidas.

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

Como se recordará con Beling aparece la expresión *Tatbestand* o Tipo Penal para designar la mera descripción de un comportamiento cualquiera, pero sin que se llegara a incluir ninguna clase de valoración normativa¹¹, es por ello que según decía éste primer escalón del delito (o segundo si se considera como primero a la *acción*) era completamente neutral pues tan solo describía las conductas de los seres humanos. Sin embargo, esa absoluta neutralidad se vendría abajo con la doctrina de los neokantianos y principalmente con el descubrimiento que de los elementos normativos hiciera Merkel pues con ellos se puso en evidencia que desde la misma parte especial del Código Penal donde se encontraban los tipos analizados ya el legislador incluía *valoraciones normativas* nada neutrales tales como “sin autorización”, “prohibido”, “ilegalmente”, o “manifiestamente contrario a la ley”, lo que llevó a replantear el concepto del tipo penal y su relación con la “antijuridicidad” a donde relegaban los clásicos toda la carga valorativa de contrariedad a la norma.

Así las cosas, hoy en día la mayoría de la doctrina considera que el tipo penal es una selección de comportamientos desaprobados por el ordenamiento jurídico y en consecuencia ilícitos. Desde esta perspectiva,

o dogmas, con los que sea posible elaborar luego una construcción lógica [es decir, una teoría], en la que cada uno de ellos encuentre su explicación, enlace y coherencia. Sin embargo, después de ese procedimiento será necesario compatibilizar la teoría obtenida con los principios constitucionales que existen en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que los mismos constituyen los límites al *ius puniendi* de un Estado.

¹¹ JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*, Parte General. 5ª ed. Granada: Editorial Comares, 2014, p. 262.

si el tipo penal es un sector del gran conjunto de conductas antijurídicas, resulta inevitable entonces afirmar la necesidad de que exista en el mismo tipo penal y no en otra parte un **elemento identificador o caracterizador** de esa desaprobación general; elemento éste que no podría ser uno distinto al de la imputación objetiva, pues la inclusión de ella en el tipo penal hallaría su razón de ser en la configuración misma del *tatbestand* que requeriría para estar completo de un elemento común a todos los delitos con el cual se estableciera esa característica de que la conducta allí descrita se encuentra jurídicamente desaprobada y no permitida.

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

“no deberían considerarse requisitos de la imputación objetiva los elementos típicos que no guarden relación con la posibilidad de establecer la mencionada conexión. (...) Estos elementos delimitan el alcance de la lesión o puesta en peligro tipificada, que como hemos visto constituye el objeto primero a imputar y debe distinguirse de las condiciones que permiten conectar (imputar) este objeto a un sujeto. La imputación objetiva no ha de equivaler a comprobación de todo el tipo objetivo, sino sólo a afirmación de las condiciones que permiten atribuir a un sujeto la lesión puesta en peligro descrita en el tipo mediante la exigencia de determinados elementos específicos.”¹²

Finalmente, en cuanto a los **fundamentos** acerca de la necesidad de la *imputación objetiva* como un elemento configurativo de la responsa-

¹² MIR PUIG. Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal. En: MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012, p. 377.

bilidad penal veremos que éstos se encuentran en los principios limitadores del *ius puniendi* propios de la mayoría de los estados democráticos contemporáneos, según pasa a explicarse:

2.3.1. Fundamentos a partir del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

Si se asume como válida la *Teoría del Bien Jurídico*, debe comenzarse por definir éste a partir de dos enfoques¹³: (i) uno de carácter político-criminal (o *lege ferenda*) cuya premisa establece que lo único que puede proteger el Derecho Penal son bienes jurídicos y no simples inmoralidades, convirtiéndose de esta manera dicho concepto un modelo normativo útil para la crítica legislativa¹⁴. Y (ii) analizándolo como un concepto de tipo dogmático (o *lege data*) mediante el cual

¹³ MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites al *Ius Puniendi*. En: MIR PUIG, S. *Estado, pena y delito*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012.

¹⁴ Muchas han sido las críticas realizadas al bien jurídico entre las cuales destacamos: 1) No se tiene un concepto unánime y completamente satisfactorio de “bien jurídico” lo que desemboca en cierto relativismo valorativo que llega a ser perjudicial. 2) Esta teoría no logra explicar satisfactoriamente el fundamento de la penalización de los delitos de peligro abstracto. 3) Su función crítica no sirvió para nada en el régimen nacionalsocialista ni impidió que se crearan delitos que no protegían bienes jurídicos. 4) No se requiere siempre proteger bienes jurídicos para que el Derecho Penal edifique un orden legítimo. Tan solo basta con que se necesiten proteger meros intereses sociales, como en el caso del maltrato animal. 5) El catálogo de bienes jurídicos es impreciso y absolutamente variable, pudiendo desembocar en consecuencia en la arbitrariedad y una flagrante violación del principio democrático. 6) Las variaciones del concepto de bien jurídico y del catálogo del mismo son inconsistentes. Ello hace que además se abra una amplia puerta para preferencias subjetivas e idiosincrasias. 7) Carece en sí mismo de algún tipo de poder analítico a partir del cual puedan clasificarse los delitos o sea posible desarrollar la teoría del delito. 8) No otorga un criterio sustantivo (normativo) para decidir qué bienes jurídicos se protegen. Sin embargo, todas estas críticas pueden decirse que de cierta manera han sido superadas por un concepto de *bien jurídico* que se equipara con los *derechos humanos, los derechos fundamentales* y los *principios y valores constitucionales o convencionales básicos*, dado que de esta manera ya existiría plena certeza en el catálogo de dichos bienes jurídicos y su elección no sería para nada arbitraria puesto que el fundamento de su escogencia estaría anclado al principio democrático. Así mismo, carecería de peso la tesis de que el bien jurídico no brinda un parámetro normativo para decidir qué derechos – entre tantos – se deben proteger, porque obviamente esa no es la función de dicho constructo lingüístico sino el de los demás principios constitucionales, tales como la última ratio, la *fragmentariedad* y el de *lesividad*. Con el bien jurídico lo que se hace es establecer un marco o límite claro respecto a qué se puede proteger y qué no. Con posterioridad a ello y luego de levantar las fronteras de lo que se puede criminalizar habrá ahora sí que reducir aún más ese

es precisado el objeto de tutela o protección de la norma penal, empleándose dicho principio como un criterio teleológico desde el cual habrán de interpretarse siempre los tipos penales y su alcance. Así las cosas, desde la visión político-criminal enunciada un “bien jurídico” sería *toda* realidad empírica o institucional de carácter objetiva, valiosa en sí misma, y que es protegida por el orden jurídico al ser necesaria para viabilizar el desarrollo armónico de los seres humanos. En consecuencia, si analizamos los bienes jurídicos usualmente protegidos veremos que todos ellos poseen una “existencia efectiva” y no meramente ficcional, razón por la cual se ha decidido enmarcar a los mismos como *realidades objetivas* (es decir, como situaciones o acaecimientos que no dependen de la perspectiva aislada del sujeto). Sin embargo, tales bienes no son únicamente realidades empíricas, fácticas u ontológicas – como la vida o la integridad personal – sino que también lo constituyen el conjunto de hechos jurídicos, culturales, económicos o políticos socialmente construidos, que existen a “*merced del acuerdo humano*”¹⁵ – como por ejemplo el orden económico y social –. De igual manera, ellos se rotulan bajo la etiqueta de “bienes” por considerarse que tienen un “valor” proveniente de dos caminos o vías: *primero*, la estima social generalizada que con el paso del tiempo los ha hecho valiosos en sí mismos; y *segundo*, la inexcusable necesidad de su materialización para que sea posible el desarrollo armónico de las personas. Finalmente, la definición proyecta el carácter de “jurídico” en el hecho de que tales realidades han sido positivizadas como finalidades o circunstancias deseables protegidas a nivel de Cartas Políticas y Tratados Internacionales.

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

límite previo, pero para ello se acudirá a los otros principios constitucionales y no a éste.

¹⁵ SEARLE, John. *La construcción de la realidad social*. Barcelona: Paidós, 1997. p. 21.

Así pues, desde la perspectiva expuesta del bien jurídico como *principio* ¿Qué fundamentos podría otorgarle a la imputación objetiva? Siguiendo a Claus ROXIN¹⁶ si la función del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos el injusto jurídico-penal solamente podría ser edificado sobre la base de prohibir comportamientos que, de forma no permitida, lesionaran o pusieran en peligro efectivo dichos bienes jurídicos y cuyos resultados fuera la consecuencia o realización de dichos riesgos lesivos de los mismos.

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

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

- i. El Derecho Penal tiene asignada la tarea de garantizar una vida pacífica y segura a las personas, así como su libertad individual.
- ii. Ahora bien, los componentes que posibilitan esa libertad y la vida pacífica y segura de las personas se denominan *bienes jurídicos* al constituirse en realidades objetivas cuyo valor se deriva de: *primero* el bienestar que genera al ser humano la permanencia de tales realidades y *segundo* la posibilidad de coexistencia con los demás a partir de las mismas, adquiriendo a su vez el carácter de “*jurídicos*” dichos bienes por la protección normativa que mediante derechos fundamentales, derechos humanos y disposiciones similares realizan las constituciones políticas y los contratos sociales originarios de cada Estado para evitar su anulación o lesión.
- iii. Sin embargo, el Derecho Penal no tiene como cometido o finalidad la protección de todo bien jurídico, sino únicamente los que revistan

¹⁶ ROXIN, Claus. El principio de protección de bienes jurídicos y su significado para la teoría del injusto. En: *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*. Bogotá: Editorial Temis, 2012. p. 295 y ss.

la mayor importancia (principio de fragmentariedad) y cuya protección por las demás ramas del ordenamiento jurídico haya fracasado (principio de *última ratio*), razón por la cual “*el Derecho Penal sirve para la protección subsidiaria de bienes jurídicos*”¹⁷ (principio de intervención mínima o subsidiariedad).

- iv. Lo anterior implica que para la configuración de un sistema de responsabilidad penal se requieran como elementos constitutivos y necesarios del delito derivados del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos: *primero* la creación de situaciones riesgosas o peligrosas para ellos; *segundo* la caracterización de los riesgos como “prohibidos” o “desaprobados” porque al ser la protección a los bienes jurídicos “subsidiaria” se parte del hecho que las demás ramas del ordenamiento deben haber tejido normativamente las conductas permitidas e ilícitas, razón por la cual solamente se prohibiría “superar los límites del riesgo tolerado”¹⁸ o ejecutar una conducta cuyo riesgo nunca fue permitido; y *tercero*, si se criminaliza también el resultado y no únicamente la conducta causante, es necesario que dicho riesgo desaprobado sea el que se realice en el resultado prohibido.
- v. En conclusión, “de la concepción que sostiene la protección de bienes jurídicos se deriva la teoría de la imputación objetiva”.¹⁹

Adicionalmente Michael KAHLO pone de presente que el bien jurídico, al no ser un objeto de la naturaleza sino un vínculo real posibilitador de la libertad externa de las personas, conlleva considerar la causalidad como un parámetro y elemento insuficiente a la hora de adjudicar y describir “*el menoscabo de la realidad de una vinculación*”²⁰ por ser ella esencialmente naturalística y carecer además de la robustez jurídica necesaria para la evaluación y valoración de los riesgos como jurídicamente relevantes y potencialmente peligrosos para las relaciones valiosas o el actuar intersubjetivo propio de las prácticas sociales.

¹⁷ ROXIN, Claus. Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania. En: *Sistema del hecho punible/1. Acción e imputación objetiva*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2013, p. 419.

¹⁸ *Ibid.*, p. 419

¹⁹ *Ibid.*, p. 421.

²⁰ KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal. En: HEFENDEHL, Roland (Ed.) *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 61.

En Colombia, la Corte Constitucional ha dicho que la *exclusiva protección de bienes jurídicos es un principio constitucional vinculante y obligatorio* afirmando adicionalmente lo siguiente:

“En materia de tipificación de delitos y fijación de penas, la Corte ha entendido, además, que la ley penal constituye una severa restricción al ejercicio de los derechos fundamentales y a su vez un mecanismo de protección de los mismos, así como de otros bienes constitucionales, como, por ejemplo, el medio ambiente, el orden económico, la moralidad pública, etcétera. Así pues, únicamente pueden ser tipificadas conductas que afecten un bien jurídico con relevancia constitucional.”²¹

2.3.2. Fundamentos a partir del principio de culpabilidad

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

De dichas exigencias, es particularmente destacable (para los efectos de esta investigación) la exclusión de “*las lesiones de bienes jurídicos producidas por casualidad o como consecuencia de un *versari in re illicita**”²², lo que en otras palabras se conocería como el subprincipio de la proscripción (exclusión o prohibición) de la responsabilidad objetiva; esto es, por el mero acaecimiento de un resultado dañino. Y ello es así dado que:

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

²¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-205-03., 11 de marzo de 2003. M.P. Clara Inés Varas Hernández.

²² ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, Parte General, Tomo I. Op., cit. p. 219.

es la causación del resultado per se, sino la vulneración de la norma la que constituye la perturbación social.”²³

En consecuencia, a partir del *principio de culpabilidad* también es posible fundamentar la necesidad de una *imputación objetiva* como elemento configurativo del delito dado que, adicional al simple acaecimiento del resultado, debe exigirse la ausencia de defectos cognitivos en el autor o partícipe cuando realizó el hecho (tales como la falta de dolo o el desconocimiento de la norma), pues la verificación de dichas circunstancias únicamente puede llevarse a cabo mediante la construcción de un procedimiento normativo (como la imputación objetiva) mediante la cual se determine quién es el competente para la evitación del resultado y quién no, más allá de la simple explicación biológica, física, química o empírica del curso causal natural ocurrido. Y esto es así por una sencilla razón: al constituirse los hechos adecuables al tipo penal objetivo en el contenido u objeto del dolo y del juicio de reproche surge a su vez la necesidad de edificar una figura legal que contemple para su realización la creación de riesgos jurídicamente desaprobados, ya que justamente por dicha desaprobación *ex ante* es que radica la posibilidad de que tales peligros sean controlables por las personas y tengan además la potencialidad de ser cognoscibles como prohibidos.²⁴

²³ JAKOBS, Günther. El principio de culpabilidad. En: *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 374.

²⁴ De forma similar MIR PUIG realiza el siguiente planteamiento: “*El Estado democrático de Derecho tiene que ofrecer al individuo la posibilidad de evitar la pena comportándose según el derecho, y ello no sucedería si, por ejemplo, cupiese castigar a alguien por hechos no realizados por él o que no pudiera prever o controlar con determinada racionalidad. Enlaza esto con la exigencia de cierta seguridad jurídica: el ciudadano ha de poder confiar en que, dirigiendo su actuación en el sentido de las normas jurídicas conforme a una normal racionalidad, no va a ser castigado. Todo ello sirve de fundamento a diversas exigencias ampliamente aceptadas hoy y que pueden considerarse presupuestas de la posibilidad de considerar a alguien como culpable. Tales exigencias son: (...) c) La exigencia de imputación objetiva del resultado lesivo a una conducta del sujeto.*” En: Estado, Pena y Delito. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012., p. 202. Así mismo, también H.L.A. Hart, citado por FERRAJOLI, expresa que “*el principio de culpabilidad garantiza la posibilidad de prever y planificar el rumbo futuro de nuestra vida partiendo de la estructura coactiva del derecho, asegurándonos de que incluso cuando las cosas van mal, como ocurre cuando se cometen errores o se producen accidentes, una persona que haya apuesto lo mejor de su parte para respetar el derecho, no será castigada.*” En: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 491. Igualmente, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR establecen que como parte del principio de culpabilidad se deriva la garantía acorde la cual “*a nadie pueden imputársele acciones prohibidas (a) si no ha tenido la posibilidad – cuando menos – de prever el resultado de su conducta, pero tampoco (b) cuando no le haya sido posible conocer*

*Íntimamente vinculado con el principio de culpabilidad se encuentra la dignidad humana*²⁵ que según KANT conlleva la atribución de responsabilidad de los actos a una persona cuando a ésta pueden serle imputados “*como obra suya en cuanto ser racional*”²⁶, ya que de no ser así se correría con el riesgo de instrumentalizar al sujeto al no considerarlo un fin en sí mismo, sino tan solo un simple medio para la consecución de otros fines²⁷. De esta manera, “*la pena absoluta despliega su función, como se ha explicado, no en el mundo empírico, sino exclusivamente en el mundo inteligible, en el que participa la persona qua ser racional (homo noumenon)*”²⁸, por lo que en virtud de la dignidad humana y el principio de culpabilidad solamente la persona racional puede ser objeto del derecho penal y sujeto de imputación, para lo cual y en garantía de ese respeto a su racionalidad el Derecho Penal tendrá que consagrar como criterios de atribución la creación de riesgos jurídicamente desaprobados que, prohibidos *ex ante*, puedan ser evitados, controlables y conocidos de tal forma que logren, al menos de manera potencial, motivar el cumplimiento de la norma penal.

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

“(...) el ejercicio del legislador en materia penal, debe seguir parámetros muy claros que se resumen en el respeto a los principios de necesidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos, estricta legalidad, de culpabilidad, de razonabilidad y proporcionalidad. (...) El deber de obrar conforme al **principio de culpabilidad** comporta el derecho penal de acto, valga decir, castigar a la persona por lo que hace y no por lo que es, desea, piensa o siente; la configuración del elemento

la conminación penal de ella y adecuar su conducta al derecho en la circunstancia concreta.” Ver: *Derecho Penal, Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Tucumán, 2002, p. 140.

²⁵ Así, por ejemplo, BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999, p. 168.

²⁶ *Ibid.*, p. 202.

²⁷ “*El imperativo práctico será, pues, como sigue: obra de tal manera que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin el mismo tiempo y nunca solamente como un medio.*” KANT, Manuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. México: Editorial Porrúa, 2010, p. 49.

²⁸ LESCH, Heiko Hartmut. *El concepto de delito. Las ideas fundamentales de una revisión funcional*. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 39.

subjetivo del delito, pues no hay acción sin voluntad, es decir, sólo se puede castigar una conducta intencional, que es la hecha con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer; y la graduación de la pena de manera proporcional al grado de culpabilidad.”²⁹

Así las cosas, como del *principio de culpabilidad* también se deriva la exigencia de *imputación objetiva* y aquél es un límite constitucional del *ius puniendi* de obligatorio cumplimiento³⁰, tendríamos que por conexión inescindible dicha imputación objetiva hallaría, bajo la forma de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, un fuerte fundamento constitucional que le daría su razón de ser, máxime cuando éste ha sido consagrado expresamente en el artículo 12 del Código Penal al lado de dignidad humana como normas rectoras que constituyen la esencia y orientación del sistema de responsabilidad penal, prevaleciendo sobre las demás y estableciendo parámetros y límites para su interpretación.

2.3.3. Fundamentos a partir del principio de legalidad

Acorde con este principio no existirá delito ni pena alguna a menos que *previamente* una ley formal, escrita, estricta y cierta así lo establezca³¹. Las consecuencias que se derivan de dicho mandato de optimización serían las siguientes:

- i. La prohibición de retroactividad de la ley penal (de allí el carácter *formal* de la ley).

²⁹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-829 de 2014, 05 de noviembre de 2014. M.P.: Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

³⁰ Sin embargo, no siempre fue así pues “*al igual que las otras garantías penales, o quizás más, este principio es también una conquista moderna ignorada por la mayor parte de los ordenamientos primitivos.*” (p. 487). No obstante, el derecho penal romano sí alcanzó a consagrar en la ley de Numa Pompilio el principio de culpabilidad y responsabilidad personal, aunque este solamente alcanzaría a ser teorizado “por el pensamiento penal ilustrado para ser después reelaborado orgánicamente por la dogmática del XIX y codificado en todos los ordenamientos modernos. Lo que no quiere decir, empero, que haya sido una conquista pacífica y nítida.” FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Editorial Trotta, 2014. p. 488.

³¹ La consagración constitucional de este principio en Colombia aparece en el artículo 29, inciso segundo, de la Carta Magna cuyo tenor literal es el siguiente: “*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*” Dicho principio es reproducido de forma literal por nuestro Código Penal en su artículo 6.

- ii. La prohibición de determinar qué conducta constituye delito a partir de la costumbre (justamente por la exigencia de una ley *escrita*).
- iii. La prohibición de determinar qué conducta constituye delito a partir de la analogía – es decir, mediante analogía *mala partem* – (por cuanto la ley debe ser *estricta*).
- iv. La prohibición de construir leyes anfibológicas, oscuras o equívocas dado que la ley penal tiene la obligación de definir y describir de manera expresa y clara las conductas que serán consideradas delito en un momento determinado (lo cual se deriva del carácter *cierto* de la ley penal conocido también como *principio de taxatividad* o *legalidad en sentido material*, art. 10 del CP).

Partiendo de este principio, en cualquier estado que lo asuma solamente puede ser concebida una conducta como delito si encaja con las características que previamente el legislador penal haya consagrado para su estructuración en el Código Penal. Así pues, y siguiendo dicha lógica, observamos que para la configuración del delito el artículo 9° del Código Penal colombiano establece las siguientes reglas: “*Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.*” En ese orden de ideas, se concluye que la *imputación objetiva* en Colombia hallaría igualmente un fuerte fundamento en el principio de legalidad por cuanto su materialización implicaría incorporar todas y cada una de las exigencias que la ley penal establece para la edificación del juicio de responsabilidad, siendo una de ellas, acorde al artículo 9 citado, la comprobación de la “*imputación jurídica del resultado*” más allá de la simple causalidad naturalística.

Más específicamente, el principio de legalidad le da fundamento a la exigencia de que la “creación del riesgo” sea “**jurídicamente desaprobada**”, porque al prohibirse la existencia de un delito que previamente no haya sido tipificado como tal, se está a su vez ordenando que los *requisitos* que configuran la conducta punible estén claros y determinados previamente por la ley. Y es que, en virtud de tal imperativo, el ciudadano o la persona en general debe tener la posibilidad de conocer y discriminar qué riesgos puede ejecutar y cuáles están prohibidos, y para ello el único mecanismo disponible hasta el momento es la plasmación de reglas a través de leyes. Justamente, gracias a dichas leyes cualquier individuo puede saber con certeza si lo que desea hacer u omitir está permitido, prohibido o es jurídicamente

indiferente, facultándolo para actuar con base en ese conocimiento. Si no fuera así, y la imputación objetiva únicamente estableciera como requisito la “*creación de riesgos*” sin adicionar la calificación de “*jurídicamente desaprobados*” estaríamos en presencia de una fórmula vacía y ambigua que el Juez podría, cual legislador *de facto*, llenar acorde los palpitos de su corazón, generándose con tal posibilidad inseguridad jurídica y una flagrante violación del principio de legalidad que, según se dijo, impide situaciones como las descritas.

Igualmente, instituciones de la imputación objetiva tales como la “desaprobación general del riesgo”, “el riesgo permitido”, “el principio de confianza”, “la prohibición de regreso”, “el alcance del tipo penal”, etc., encuentran su razón de ser en un simple ejercicio de derivación lógica³² a partir del requisito fundamental de “*creación de un riesgo jurídicamente desaprobado*”. No ocurre lo mismo, sin embargo, con la exigencia de “*lesividad del comportamiento*” como categoría dogmática y elemento de esa “*creación de un riesgo jurídicamente desaprobado*” puesto que el fundamento de aquélla proviene, ya no del principio de legalidad, sino del de lesividad que será desarrollado en el acápite siguiente de la presente investigación.

³² Se sigue en este punto la perspectiva de Jesús María SILVA SÁNCHEZ quien nos enseña que “*la aparición del sistema como elemento decisivo en el esquema de la argumentación dogmática obliga a distinguir diversos niveles, en los cuales ésta, naturalmente, debe adoptar una configuración sustancialmente diferente. (...) Así un primer nivel viene dado por la argumentación de la selección de premisas valorativas que sirven de fundamento al sistema (primera fase) y la argumentación de la construcción – y atribución de contenido – a partir de aquéllas, a las categorías básicas de dicho sistema. (...) Así mismo, incide aquí la discusión acerca de la distinción de una y otras categorías sistemáticas (distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, entre justificación y exculpación), así como sobre el concreto contenido asignado a tales categorías (por ejemplo, el contenido de la antijuridicidad o de la culpabilidad). El segundo nivel, todavía referido a la construcción del sistema, alude a la argumentación de la elaboración de conceptos y categorías de abstracción media: el dolo, el error, a la autoría y la participación, etc. Finalmente, en un tercer nivel podía ubicarse la argumentación en el seno de un sistema dogmática ya constituido, dirigida a fundamentar la adopción de soluciones en relación con conceptos y estructuras problemáticos, pero ya en el marco proporcionado por las categorías básicas y secundarias antes referidas.*” (*Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012, p. 270-271). En efecto, la derivación lógica de categorías macro ya consolidadas corresponde a la argumentación del segundo nivel y para lograr tal cometido se deben respetar las leyes básicas de la deducción: v.gr. Principio de identidad, no contradicción, tercero excluido, razón suficiente, etc. En cambio, la *fundamentación* de una categoría dogmática desde principios de política criminal correspondería a la argumentación del primer nivel que más que a la lógica obedece de cierta forma a una visión principalística y axiológica, atendiendo criterios de *razonabilidad* más que de *racionalidad*.

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

En consecuencia, la razón de ser de la imputación objetiva como un elemento indispensable para la configuración del delito se encuentra en los principios de política criminal que la mayoría de las constituciones políticas democráticas han consagrado como límites jurídicos al *ius puniendi* o poder criminalizador del estado. Dichos principios constituyen y definen el modelo garantista contemporáneo de la responsabilidad penal y “fueron elaborados sobre todo por el pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que los concibió como principios políticos, morales o naturales de limitación del poder penal absoluto. Y han sido

ulteriormente incorporados, más o menos íntegra y rigurosamente, a las constituciones y codificaciones de los ordenamientos desarrollados, convirtiéndose así en principios jurídicos del moderno estado de derecho”³³, razón por la cual la fundamentación de la imputación objetiva a la cual se llegó a partir de los mismos bien podría tener pretensiones globales más allá de lo meramente localista.

3. La lesividad y la ausencia de lesividad como criterios negativos de Imputación Objetiva

3.1. El principio de lesividad

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

Respecto a la caracterización de la *lesividad* como principio o categoría dogmática es necesario esgrimir una *tesis dualista* dado que, sin lugar a dudas, el axioma que la define constituye, en primer lugar, un mandato de optimización fundamental a nivel político-criminal y a nivel constitucional pues se encarga de fijar el espectro máximo de criminalización al posibilitar la conversión en delitos, únicamente, de aquellas conductas que tengan la capacidad o potencialidad de lesionar bienes jurídicos o al menos ponerlos en peligro efectivo de lesión. En

³³ FERRAJOLI. Derecho y Razón, Op., cit. p. 93.

segundo lugar, se verifica que éste principio tiene la propiedad a su vez de convertirse en una categoría dogmática en sede de la aplicación del sistema penal por parte del intérprete de la disposición jurídica adquiriendo la denominación tradicional de *antijuridicidad material*, como solía llamársele en el ayer, o de forma más moderna (aunque marcadamente equívoca por su identidad nominal con el principio) como *lesividad* sin que por ello se justifique una equiparación conceptual. Tan es así, que inclusive el *principio de lesividad* – al igual que ocurre con la mayoría de principios – por su rango constitucional no es ni siquiera privativo del derecho penal y en consecuencia su fuerza jurídica se expande más allá de dichas fronteras irradiando otras ramas del ordenamiento jurídico tales como, por ejemplo, el derecho disciplinario en el cual proyecta su contenido mediante la construcción de una categoría dogmática denominada “ilicitud sustancial”. En cambio, la *lesividad* o *antijuridicidad material* como elemento del delito (cuya ubicación en el esquema de la conducta punible será discutida en los siguientes acápite) es una categoría dogmática intrasistémica pues pertenece en exclusiva al derecho penal cumpliendo la función de ser uno de los requisitos necesarios para la afirmación del juicio de responsabilidad penal. Lo anterior de todas formas no significa que la *categoría dogmática de lesividad* anule la posibilidad de que el intérprete utilice directamente el *principio de lesividad* para la interpretación y aplicación del derecho penal, porque mientras que la primera es un requisito del delito que se agota con su verificación, el segundo tiene una función mucho más perdurable al orientar la comprensión y sentido de *todas* las categorías dogmáticas que configuran la conducta punible. De esta manera, el *principio de lesividad* tiene un alcance tan grande que en virtud del mismo y dado su rango constitucional³⁴ podría inclusive suministrar al intérprete los argumentos

³⁴ “Si bien es cierto que el legislador goza de un margen de configuración normativa al momento de definir qué comportamiento social reviste tal grado de lesividad para determinado bien jurídico que merezca ser erigido en tipo penal, decisión política adoptada con fundamento en el principio democrático y que refleja los valores que rigen a una sociedad en un momento histórico determinado, este margen de discrecionalidad no es ilimitado, por cuanto el bloque de constitucionalidad constituye el límite axiológico al ejercicio del mismo, razón por la cual la definición de tipos penales y de los procedimientos penales debe respetar en un todo el ordenamiento superior en cuanto a los derechos y la dignidad de las personas, tal y como en numerosas ocasiones y de tiempo atrás lo viene señalando esta Corporación en su jurisprudencia. (...) El deber de observar la estricta legalidad comprende pues la obligación que tiene el legislador de respetar el principio de legalidad de las penas y de los delitos en sus diversas manifestaciones: 1) La prohibición de la analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); 2) la prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege*

necesarios para que de la mano con el artículo 4³⁵ de la Constitución Política lograrse inaplicar una disposición jurídica contenida en el código penal por excepción de inconstitucionalidad³⁶ frente a un caso concreto al ser flagrantemente incompatible con el contenido mismo del principio de lesividad.

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

- i. Casos de “lesión insignificante del bien jurídico” o de *bagatela*³⁷: Se presentan cuando una conducta, a pesar de encajar “formalmente”³⁸ en

scripta); 3) la prohibición de la retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); 4) la prohibición delitos y penas indeterminados (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*); 5) el principio de lesividad del acto (*nulla lex poenalis sine iniuria*); 6) el principio de la necesidad de tipificar un comportamiento como delito (*nullum crimen sine necessitate*) y 7) el derecho penal de acto y no de autor.” Y frente al caso concreto sentenció que “la absoluta necesidad de las leyes penales resulta condicionada por la lesividad para terceros de los hechos prohibidos, a la luz del principio *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*.” COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia no.C-205 de 2003, 11 de marzo de 2003. M.P.: Clara Inés Varas Hernández.

³⁵ COLOMBIA, CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 4, Inc. 1: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.”

³⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia no. SU 132 de 2013, 13 de marzo de 2013. M.P.: Alexei Julio Estreda. “La jurisprudencia constitucional ha definido que “la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter-partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política”.

³⁷ ROXIN, es quien desarrolla de manera inicial este grupo de casos bajo la denominación de un rasero interpretativo de tipos penales llamado “principio de insignificancia”. Desde su óptica, este grupo de casos es mejor tratarlos a través de ese principio que como parte integrante de la adecuación social. ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho Penal*. 2ª ed. MUÑOZ, Francisco (Trad.). Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2002. p. 75. ROXIN. *Derecho Penal*, Parte General. Op. Cit. p. 296.

³⁸ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 163.

alguna de las descripciones típicas de la ley penal, posee un desvalor del acto o del resultado insignificante o mínimo³⁹, que no llega a producir una afectación relevante⁴⁰ para el bien jurídicamente tutelado. Se podrían incluir como ejemplos los siguientes: hurtar en un supermercado un confite⁴¹ o un concentrado de gallina Nork⁴² (Arts. 239 y ss. del C.P.), las lesiones personales en virtud de malos tratos levísimos como lo sería un empujón⁴³ o el rasguño en una mejilla producto de un puñetazo⁴⁴ (Arts. 111 y ss. del C.P.), la venta ambulante de un DVD no original⁴⁵ o de algunos libros fotocopiados⁴⁶ (Arts. 270 y ss. del C.P.), estafas en virtud de engaños mínimos dados en el ámbito de la publicidad de productos⁴⁷ (Arts. 246 y ss. del C.P.), injurias en virtud de expresiones denigrantes al interior de la familia⁴⁸ (Arts. 220 y ss. del C.P.), la realización de juegos de azar con apuestas muy pequeñas⁴⁹ (Art. 312 del C.P.), y tráfico o porte ilegal de estupefacientes por llevar cantidades de estupefacientes que superan en muy pequeña medida la dosis personal permitida o donar a un amigo su dosis⁵⁰ (Art. 376 del C.P.), entre otros.

³⁹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General. 2ª ed. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2013, p. 341.

⁴⁰ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal*, Parte General. 4ª ed. Medellín: Editorial Comlibros, 2009, p. 606

⁴¹ GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *Tratado de Derecho Penal*, Parte General. Tomo III. La Tipicidad. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2005, p. 664., y también JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*, Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Trad.). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. 1995, p. 68.

⁴² EL ESPECTADOR. Hombre que robó cubo de caldo podría pagar hasta 6 años de cárcel. [En línea], 2012. Disponible en Internet: < <https://www.elespectador.com/noticias/nacional/hombre-robo-cubo-de-caldo-podria-pagar-hasta-6-anos-de-articulo-353160> >.

⁴³ LUZÓN PEÑA. Op., cit. p. 342.

⁴⁴ VELÁSQUEZ. *Derecho Penal*, Parte General, Op., cit. p. 606.

⁴⁵ La Sentencia de Audiencia Provincial (SAP) proferida en Barcelona-6ª 28-7-2006. Citada en nota al pie de página por: LUZÓN PEÑA., Op. cit.

⁴⁶ COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia no. 31362, 13 de mayo de 2009. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

⁴⁷ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*, Parte General. 9ª ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011 p. 530.

⁴⁸ ROXIN. Op., cit. p. 296.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ En Colombia: COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia no. 18609, 08 de mayo de 2005. M.P.: Herman Galán Castellanos; COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia no. 24612, 26 de

- ii. *Casos “socialmente adecuados”*: Se trata de todas aquellas conductas que aun cuando implican riesgos que no son nada despreciables ni mínimos (porque si así fuera quedarían inmersos en el anterior grupo de casos) no resultan lesivas para los bienes jurídicamente tutelados por el legislador penal por distintas razones según pasaremos a ver. De esta manera, quedarían comprendidas dentro de este espectro de casos dos tipologías de comportamientos⁵¹: (a) *Conductas riesgosas inherentes al funcionamiento de la vida social*: A este grupo pertenecen todas aquellas conductas que pese a entrañar un riesgo de lesión a bienes jurídicos, se encuentran anclados inevitablemente a la interacción de los seres humanos. Es decir, que tales peligros mínimos habrán de ser tolerados – y en efecto lo son – si se desean mantener funcionando los contactos sociales y las actividades implícitas a ellos. Como ejemplos claros de este punto tendríamos: la privación de la libertad – secuestro simple – en la participación en medios de transporte colectivos, así cuando una persona al subirse a un bus equivocado desea bajarse del mismo y el vehículo decide no parar hasta llegar al próximo paradero a pesar de que expresamente el pasajero le solicita la detención del mismo (Art. 168 del C.P.) y las lesiones efectuadas en el desarrollo de una actividad deportiva, presentándose adecuación social de aquellas lesiones dolosas o culposas que se producen en el ejercicio por ejemplo de un partido de fútbol (Art. 112 del C.P. y ss.). Habrá de aclararse que todos estos supuestos tiene sentido analizarlos en la adecuación social, siempre y cuando no se

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

⁵¹ Se sigue libremente la clasificación que al respecto realiza RUEDA, María Ángeles. *La Teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*. Barcelona: Editorial Bosch, 2002. p. 245 y ss. Para mayor profundización sobre el tema de imputación objetiva ver nuestra monografía: BARAJAS CONDE, Diego; PELÁEZ MEJÍA, José M. y SILVA REYES, Andrés. *Significado, Alcance y Criterios de Imputación Objetiva. Estado de la cuestión doctrinal y jurisprudencial*. Cúcuta: Editorial del Centro Seccional de Investigaciones de la Universidad Libre de Colombia, 2013. p. 264 y ss.

hayan ya resuelto por medio de las normas pre-jurídico-penales⁵² o pre-jurídicas⁵³; y (b) *Conductas de clara irrelevancia jurídica*: Es decir, aquellos comportamientos que no le interesan al derecho penal por encontrarse muy arraigados en la interacción social y resultarles a las personas en general cómodos, buenos, loables o indiferentes, razón por la cual no alcanza a generar un desvalor de la acción lo suficientemente grande como para ser criminalizado⁵⁴. Así por ejemplo tendríamos que cabrían en este grupo el enviar de paseo a alguien, pedir un taxi para un amigo que se va, o regalar un tiquete de avión a una persona todas estas conductas con el objetivo de matar a tales individuos (Art. 103 del C.P.). Pero acá también estarían cobijados los regalos que se realizan a carteros en navidad o a un funcionario de la rama judicial (el cohecho del art. 407 del C.P.), por cuanto el significado social de esas actividades no lesivas hace que ante el derecho penal resulten irrelevantes. Otros claros ejemplos serían⁵⁵: el uso de uniformes, insignias o indumentaria de uso privativo de la

⁵² A este primer criterio de determinación del riesgo pertenecen aquellas actividades sobre las cuales existe una regulación jurídica expresa establecida por el legislador o la potestad reglamentaria del órgano ejecutivo. Por ende, el quebranto de dichos límites constituye per se un riesgo jurídicamente desaprobado ya que la limitación del mismo implica que lo queda por fuera de su marco es una conducta normativamente prohibida. Por ejemplo, las actividades reguladas por el Código Nacional de Tránsito, etc. Se sigue en este sentido a FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*. CUELLO, Joaquín y SERRANO, José Luis (Trad.) Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004. p. 106 y ss.

⁵³ En este caso el riesgo se encuentra delimitado ya no por el legislador sino más bien por regulaciones o reglamentos que ciertas organizaciones societarias, laborales o similares han elaborado en torno a la ciencia, técnica o actividad peligrosa. En el mundo de la dogmática penal pertenecen a este grupo la *lex artis*, las “normas de cuidado”, las reglamentaciones preventivas de riesgos, etc. Así mismo es importante señalar, como ya lo hiciera Jakobs que lo prohibido por estas normas no es más que un indicio de la naturaleza no permitida del riesgo porque contrario a lo que la ley establece, estas normas pre-jurídicas del riesgo no contienen valoración vinculante alguna. Por ende, el intérprete al evaluar un caso concreto deberá aparte de analizar si ha existido violación de la disposición pre-jurídica efectuar el juicio de proporcionalidad descrito líneas atrás para llegar a la conclusión final de si el actor creó o no un riesgo jurídicamente desaprobado. Se sigue igualmente en este sentido a FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*.

⁵⁴ Esto porque como dice el maestro Juan FERNÁNDEZ CARRASQUILLA no se apartan “de modo grave de los estándares valorativos de la vida social.” *Derecho Penal Parte General, Principios y Categorías Dogmáticas*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2011. p. 254.

⁵⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Vol. Primero. MIR PUIG, Santiago y MUÑOZ, Francisco (Trad.). Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1981. p. 343.

fuerza pública en un carnaval (Art. 346 del C.P.) y el servir bebidas alcohólicas, no obstante los riesgos que de ello se derivan.

- iii. *Casos en los cuales los medios empleados en la conducta son carentes de idoneidad para lesionar el bien jurídico, “inocuos” o “inidóneos”*: Se presenta cuando los medios empleados para la comisión del ilícito carecen de la aptitud necesaria para lesionar el bien jurídicamente tutelado. Así pues se tienen como ejemplos los siguientes⁵⁶: buscar un homicidio a través de una cantidad demasiado escasa de veneno (Art. 103 del C.P.), dispararle a una persona buscando matarla con un arma que otra persona había descargado secretamente (Art. 103 del C.P.), pretender el aborto con medios ineficaces (agua) o sobre una mujer no embarazada (Art. 122 del C.P.), dispararle a un cadáver (Art. 103 del C.P.), intentar hurtar a una persona metiendo la mano en un bolsillo en el que jamás hubo dinero (Arts. 239 y ss del C.P.) y porte ilegal de un arma totalmente inservible⁵⁷ (Art. 365 del C.P.).

Por ende, el legislador penal **no podrá** prohibir ni el juzgador sancionar aquellas conductas que no lesionen o al menos pongan en peligro efectivo algún bien jurídicamente tutelado, razón por la cual no serían punibles: (i) casos de bagatela; (ii) casos socialmente adecuados; y (iii) casos inidóneos para lesionar el bien jurídico. Y ello es así porque como magistralmente lo pusiera de presente el profesor Ricardo NÚÑEZ “*en un estado de derecho la pena no puede ser la consecuencia de un hecho jurídicamente beneficioso o indiferente, sino de la infracción al orden establecido por el derecho*”⁵⁸; de una ofensa que pueda ser representada objetivamente en el daño o riesgo efectivo de perjuicio de los bienes jurídicamente tutelados por el legislador.

3.2. La “lesividad” y la “ausencia de lesividad” como problemas de imputación objetiva

Las tesis principales que se defienden en este acápite con las siguientes:

i) Tesis 1 →

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

⁵⁶ Los ejemplos son tomados de WELZEL, Hans. *Derecho Penal*. Parte General. Citado en FONTÁN BALESTRA, Carlos. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, s.a. p. 195 y ss.

⁵⁷ Sentencias: 21064(15-09-04) y 32004(21-10-09)

⁵⁸ NÚÑEZ, Ricardo. *Manual de Derecho Penal*, Parte General. Argentina: Marcos Lerner Editora Córdoba, 1999. p. 153.

(ii) Tesis 2 →

Del principio de lesividad es posible derivar la “creación de riesgos” como primer requisito de imputación objetiva del comportamiento.

iii) Tesis 3 →

Del principio de lesividad es posible deducir que la “imputación objetiva” es un requisito del juicio de tipicidad objetiva.

(iv) Tesis 4 →

“Lesividad” y “ausencia de lesividad” son elementos o categorías dogmáticas “positiva” y “negativa” de la imputación objetiva, respectivamente, como contenidos definitorios de la “creación de un riesgo jurídicamente desaprobado”.

Pasemos ahora a exponer los argumentos que sustentan cada una de las tesis enunciadas:

El *principio de lesividad* como todo principio, siguiendo en este sentido al profesor Robert ALEXY, es formalmente un “mandato de optimización”⁵⁹; es decir, una orden del constituyente primario o legislador constitucional para realizar algo en la mejor y mayor medida de lo posible. ¿Pero cuál es el contenido de ese mandato? Limitar el *ius puniendi* y en general la facultad represora del Estado operativizándose de la siguiente manera⁶⁰:

En el *momento legislativo* el constituyente derivado toma en consideración a la hora de edificar las categorías dogmáticas del delito y tipificar las conductas, al menos, las dos reglas que a continuación se enuncian: (i) que dentro de los requisitos que positivizará como necesarios para la configuración de una conducta punible será indispensable la inclusión de un elemento llamado *lesividad, ofensividad, antijuridicidad material, dañosidad* o de cualquier otra manera, en el cual se condense la obligación de exigir que el hecho desvalorado constituya una lesión o al menos una puesta en peligro efectiva para un bien jurídicamente tutelado; lo que en otras palabras, podría resumirse diciendo que el

⁵⁹ ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 95.

⁶⁰ Aunque el principio de lesividad como garantía constitucional también limita la facultad creadora de sistemas de responsabilidad disciplinario, fiscal y similares, en esta investigación sólo mostraremos el impacto que ejerce a nivel del Derecho Penal.

legislador se encontrará obligado a *crear* por mandato del principio constitucional de lesividad una categoría dogmática o requisito de responsabilidad penal que desarrolle el axioma *nulla lex poenalis sine iniuria* y (ii) que todo proceso de tipificación o descripción de conductas como punibles deberá tan solo incluir aquellas que constituyan verdaderos daños o por lo menos riesgos efectivos para la integridad de los bienes jurídicos que haya decidido tutelar el legislador penal en un período de tiempo determinado.

En el *momento jurisdiccional* el funcionario judicial tendrá a su vez dos obligaciones: (i) evaluar si en el caso concreto el hecho enjuiciado *encaja* en el requisito de *lesividad* como categoría dogmática necesaria para la configuración del juicio de responsabilidad; y (ii) verificar si los tipos penales edificados por el legislador pasan el tamiz de la *lesividad* como principio; es decir, si representan en sí mismos como figuras legales una lesión o puesta en peligro efectiva para el bien jurídicamente tutelado porque de lo contrario, la disposición normativa padecería de un defecto de constitucionalidad que obligaría al Juez a su inaplicación por mandato expreso del artículo 4 de la Constitución Política.

Vemos entonces que la *lesividad* bajo la modalidad de principio **exige** la ocurrencia de un “**daño**” para la tipificación de una conducta como delito y para la emisión de un juicio positivo de responsabilidad penal. Ese requisito de “daño” se satisface con la “lesión” de bienes jurídicos o con, al menos, la “puesta en peligro efectiva” de los mismos. Así pues, sólo serán punibles los comportamientos que de alguna manera “dañen” los mencionados bienes al igual que únicamente responsables las personas que produzcan o ejecuten tales hechos. Pero, ¿qué conductas, entonces, de todas las que suceden en el mundo, podrían encajar en la exigencia de “daño”? Solamente las conductas riesgosas, porque el “riesgo” es la contingencia o proximidad un daño. Si un comportamiento o un evento cualquiera no es riesgoso carece entonces de la potencialidad necesaria para dañar y bajo las directrices del principio en comento no podría ser penalizado. Vemos, en ese orden de ideas, que a partir de la lesividad es posible derivar lógicamente el concepto de *creación de riesgo* que incluye el primero de los elementos de la imputación objetiva.

Con base en lo expuesto ya tenemos fundamentados y contruidos varios elementos de la imputación objetiva: (i) la necesaria *creación de un riesgo* para satisfacer la exigencia de daño y (ii) la *cuantificación* de dicha “potencialidad de daño” o “riesgo” mediante la premisa de “lesión o puesta en peligro efectiva del bien jurídicamente tutelado” al impedir

la criminalización de tres grupos de casos: a) los inocuos; b) los insignificantes o de bagatela; y c) los socialmente adecuados.

Ahora bien, en lo relativo al contenido del daño o sobre cuál será la materia en la que habrá de recaer el mismo y por qué dicho riesgo tiene que ser necesariamente desaprobado son todas ellas preguntas cuyas respuestas no pueden obtenerse solamente del principio de lesividad, sino del enlace de éste con los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y legalidad. De esta manera, sintetizando lo expuesto hasta ahora, tendríamos que la expresión “*creación de un riesgo*” surgió como consecuencia del principio de lesividad, pero el requisito completo de imputación objetiva conocido como “*creación de un riesgo jurídicamente desaprobado*” podrá emerger únicamente de la conjunción de dicho principio con el de legalidad, y a su vez sabremos que el “daño” tendrá que ser de bienes jurídicos y no de otra cosa (por ejemplo, expectativas normativas como cree JAKOBS) porque la *lesividad* también se conecta con el *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*. Por último, se exigirá para la imputación objetiva en los delitos de resultado (a diferencia de los de mera conducta) además de la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado* la *realización del riesgo en el resultado* – según se explicó anteriormente – en virtud de la regla de “personalidad de las penas”⁶¹ derivada del *principio de culpabilidad* en concordancia con los principios de legalidad y derecho penal de acto.

Pero, ¿cómo a partir del principio de lesividad podría justificarse la ubicación de la imputación objetiva? De la siguiente manera: el Derecho Penal tiene como función fundamental la protección de bienes jurídicos y los protege precisamente de lesiones o situaciones efectivamente peligrosas que pueda dañarlos. Para hacerlo, preceptúa de forma clara y expresa las conductas que estarán prohibidas penalmente mediante una técnica legislativa consistente en la elaboración de *tipos penales* donde se describe específicamente aquello que estará prohibido. Por ende, como a partir del principio de lesividad solamente las *conductas que generen daño* serán las que se prohíban y además únicamente, según se explicó, generan daño las conductas que constituyen una “*creación de riesgos*”, es más que evidente que la **ubicación** de la imputación objetiva tendrá que darse

⁶¹ Siguiendo en este sentido a MIR PUIG se tiene que como garantía integrante del principio de culpabilidad se encuentra el principio de personalidad de las penas acorde al cual “se impide castigar a alguien por un hecho ajeno”. MIR PUIG, Santiago. Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena. En: MIR PUIG. *Estado, Pena y Delito*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012. p. 202.

en el *tipo penal* pues es allí y sólo allí donde el legislador consigna los eventos que estarán prohibidos.

Continuando ahora con otro de los aspectos que debe ser fundamentado en el presente acápite y consistente en las *tesis 4* enunciadas líneas atrás, ¿qué categorías dogmáticas surgen del *principio de lesividad* como contenido puntual de la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado*? En esencia, es posible enlazar los corolarios denominados subprincipios de peligro, lesividad y adecuación social en una sola categoría dogmática, antiguamente denominada como antijuridicidad material, pero que, para evitar confusiones dado el *desplazamiento* de la misma hasta el tipo penal objetivo, la llamaré simplemente “*lesividad del comportamiento*”. Esta categoría dogmática o **requisito esencial** para la estructuración del primer nivel de imputación objetiva (es decir, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado) se satisface si y sólo si se producen cualquier de los siguientes eventos: (i) la lesión de un bien jurídico; o (ii) la puesta en peligro *efectivo* de dicho bien.

De la misma forma, es posible deducir el *aspecto negativo* o las *causales excluyentes* de la “*lesividad del comportamiento*” mediante la utilización de un recurso básico de la argumentación jurídica y consistente en la inferencia de ellas a partir del denominado *argumento a contrario sensu* según el cual dado un enunciado normativo que predica un supuesto de hecho y asigna una consecuencia jurídica a tal evento, es posible concluir “lo que se opone o es contrario al mismo, que por lógica no se comprende dentro de su significado.”⁶² Así las cosas, no existirá lesividad cuando el comportamiento desplegado por el agente no lesione ni ponga en peligro efectivo el bien jurídicamente tutelado, y a su vez esa *ausencia de lesividad*, como contracara de su aspecto positivo, sea el producto de: (i) una actuación inocua o inidónea para lesionar el bien jurídicamente tutelado; (ii) un comportamiento peligroso pero cuyo riesgo sea insignificante; o (iii) se trate de una conducta socialmente adecuada.

Las **consecuencias dogmáticas** de esta postura son evidentes y pueden enunciarse de la siguiente manera:

- i. La *ausencia de lesividad* conlleva la **atipicidad objetiva** del comportamiento y, por lo tanto, no se trabajaría como un *criterio*

⁶² HALLIVIS PELAYO, Manuel. *Teoría general de la interpretación*. México: Editorial Porrúa, 2012. p. 387

negativo de la antijuridicidad, pues su estudio se realizaría en la *imputación objetiva* al determinar si la persona creó o no un **riesgo jurídicamente desaprobado**.

- ii. Así mismo, la *lesividad* constituiría un requisito necesario para la configuración de toda *tipicidad objetiva*, razón por la cual la *lesión de bienes jurídicos* o su *puesta en peligro efectivo* serían **objeto del dolo**; puntualmente, del aspecto cognitivo del tipo subjetivo.
- iii. Finalmente, las tesis que aquí hemos demostrado tendrían un efecto importante en la teoría del error según pasa a explicarse: actualmente es posible diferenciar dos clases de error en el Código Penal Colombiano, el *error de tipo* (regulado en el artículo 32 numeral 10 de la ley 599 de 2000) y el *error de prohibición* (contemplado en el numeral 11 de la misma disposición). El *error de tipo* se configura por el desconocimiento que el sujeto activo tiene de los *hechos* adecuables a las hipótesis fácticas o valorativas que describe el tipo penal objetivo. De esta manera, si desconozco, por ejemplo, que la cosa mueble de la cual me estoy apoderando pertenece a otra persona al ser idéntica a la mía se presentaría un *error de tipo* sobre un acontecer del mundo empírico subsumible en uno de los elementos del tipo penal objetivo de hurto y consistente en el *objeto material* y los *componentes descriptivos* que lo definen. Igualmente, si por ejemplo un juez al proferir una decisión pensara equivocadamente que su providencia se encontraba ajustada al ordenamiento jurídico que le sirvió de base, el sujeto activo del tipo penal de prevaricato habría actuado en un *error de tipo*, pero dicho error versaría sobre uno de los *hechos valorativos* adecuables al tipo penal objetivo de prevaricato y atinente al elemento normativo de “*manifiestamente contrario a la ley*”. Por último, otra modalidad de *error de tipo* (muy discutido en la doctrina) es el EPOCAR: el *error sobre los presupuestos objetivos de una causal de ausencia de responsabilidad*. Conforme esta última modalidad de error de tipo (considerada por otros, en realidad, un error de prohibición indirecto) no habrá lugar a responsabilidad penal si de manera invencible el sujeto cree desacertadamente que están ocurriendo unos hechos cuya realidad es inexistente, pero que si en verdad hubiesen ocurrido se habría hecho posible la aplicación de una causal de ausencia de responsabilidad por ser ellos los presupuestos objetivos de la eximente que terminó siendo putativa.

4. *Las causales de justificación como criterios negativos de Imputación Objetiva al ser modalidades de riesgo permitido*

4.1. La razón de ser de la distinción entre tipicidad y antijuridicidad, así como entre causales de atipicidad y causales de justificación. Enunciación de la toma de postura al respecto y de los argumentos contrarios a la misma

De conformidad con el desarrollo conceptual e histórico visto hasta ahora la *antijuridicidad* tuvo sentido en los esquemas clásico, neoclásico y finalista porque, principalmente en el primero de ellos, el tipo penal surgió como una categoría dogmática **valorativamente neutra** cuya perspectiva se mantuvo idéntica en los otros dos esquemas citados, aunque con ciertas modificaciones (al incluirse conceptos tales como los *elementos normativos* que sí implicaban un juicio de valoración jurídica anticipada para ciertos tipos penales pero que de todas maneras no convertían la tipicidad en una categoría dogmática valorativa), razón por la cual se **hizo necesario** incluir adicionalmente al juicio de subsunción de los hechos con el tipo penal un estadio, fase o requisito del delito en el cual se analizara la *contrariedad* del hecho investigado con el *ordenamiento jurídico*, dado que la mencionada neutralidad valorativa de la tipicidad impedía que allí se realizara esto completamente. Sin embargo, al incluirse con el funcionalismo penal la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado* y su *concreción en el resultado* como elementos indispensables de la tipicidad objetiva, ésta última perdió toda neutralidad valorativa **requiriéndose** a partir del ingreso de la imputación objetiva **siempre** un análisis de *contrariedad normativa*; esto es, un juicio de verificación de quebrantamiento del ordenamiento jurídico por parte de la conducta investigada. En consecuencia, como **justamente para cumplir dicha función es que se había creado la antijuridicidad** resulta inevitable concluir que hoy en día carece de sentido continuar manteniendo un *estadio* posterior a la tipicidad en el que tautológica o redundantemente se termina realizando el **mismo** juicio de valor que se lleva a cabo en ella.

A partir de dicha perspectiva histórica, se distinguía igualmente entre *causales de atipicidad* y *causales de justificación*, al definir las primeras como aquellos eventos en los que el *hecho efectivamente demostrado* no encuadraba con el *supuesto de hecho* previsto en el tipo penal, sin que se requiriera para tal verificación un juicio valorativo de juridicidad, sino tan solo la simple comparación entre la hipótesis fáctica y la norma penal, salvo en aquellos casos en los cuales excepcionalmente el tipo consagraba como elementos configurativos adicionales los denominados

elementos normativos. Por el contrario, en las *causales de justificación* *SÍ se realizaba un examen de valoración jurídica a los hechos que eran considerados por el analista como formalmente típicos.*

No obstante, según la postura aquí defendida y que será desarrollada en los próximos acápite aun cuando la *antijuridicidad* carece de sentido como un estadio posterior e independiente de la *tipicidad*, puesto que en el examen de *imputación objetiva* realizado al interior de ésta ya se satisface todo juicio de contrariedad normativa o valoración de la juridicidad de la conducta, se defiende la **tesis** de que es necesario mantener como categoría autónoma y diferenciable de otras formas de atipicidad las *causales de justificación*.

Ahora bien, en cuanto a la **ausencia de imputación objetiva** ésta tendría como **fuentes** o causales las siguientes:

CAUSALES DE ATIPICIDAD OBJETIVA POR AUSENCIA DE IMPUTACIÓN OBJETIVA.

(Los primeros tres grupos de eventos elimina la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, mientras que el cuarto grupo de eventos elimina la concreción o realización del riesgo en el resultado)

(1) Falta de *creación* de un riesgo:

- i)** Indominabilidad objetiva del riesgo, al no ser generado por el sujeto, sino producto de un caso fortuito o una fuerza mayor.
- ii)** Disminución del riesgo.

(2) Efectiva creación de un “hecho” que *no constituye un riesgo*. Ausencia de lesividad por tratarse de:

- i)** Una conducta carente de peligrosidad por *inidoneidad ex ante* del comportamiento.
- ii)** Una conducta de bagatela o *insignificante*.
- iii)** Una conducta *socialmente adecuada*.

(3) Falta de *desaprobación jurídica del comportamiento* por tratarse de **riesgo permitido** el cual puede ser:

- i)** De tipo *general* si tiene como base una norma jurídica extra-penal (Ej. Regulación jurídico-reglamentaria del tránsito vial).
- ii)** De tipo *particular* o *situacional* si tiene como base:
 - (a)** Una causal de justificación, como lo sería:

- El consentimiento.
 - Obrar en escrito cumplimiento de un deber legal.
 - Obrar en cumplimiento de una orden legítima.
 - Obrar en ejercicio de un derecho, una actividad lícita o un cargo público.
 - Legítima defensa.
 - Estado de necesidad justificante.
- (b) Un principio de confianza.
- (c) Una prohibición de regreso.
- (d) Una autopuesta o heteropuesta en peligro.
- (e) Una norma de cuidado proveniente de:
- Reglamentos particulares de una actividad peligrosa.
 - La *lex artis*.
 - La figura del baremo diferenciado.
- (f) Conductas no cubiertas por el alcance o ámbito de protección del tipo penal.

(4) La falta de relación de riesgo o ausencia de realización del riesgo en el resultado por:

- i) Inevitabilidad del resultado y del curso causal dado que:
- (a) Aunque se hubiese llevado a cabo una conducta alternativa conforme a derecho, éstos de todas formas habrían ocurrido.
 - (b) El resultado terminó siendo el producto de un riesgo general de vida o explicable por la producción de un riesgo *distinto* del creado por el sujeto activo.
 - (c) Fue producto de una fuerza mayor.
 - (d) El resultado se atribuirá a un ámbito de responsabilidad ajeno.
- ii) Tratarse de resultados no cubiertos por el ámbito de protección de la norma jurídica:
- (a) Resultados no cubiertos por el ámbito de protección del tipo penal.
 - (b) Resultados no cubiertos por el ámbito de protección de la norma jurídico-extrapenal.

4.2. Causales de justificación como criterios negativos de imputación objetiva: una ampliación del concepto de riesgo permitido.

¿Cómo funcionan las causales de justificación en el sistema penal? Cuando se dice que las *prohibiciones penales (normas primarias imperativas)* no constituyen nada distinto que una **prohibición relativa** se quiere decir con ello que existen **ámbitos de libertad no regulados** por la prohibición o prescripción penal. Por lo tanto, cuando el intérprete se halla ante una *causa de justificación* lo que ocurre es que el *juicio de tipicidad* termina arrojando como resultado la atipicidad del hecho, pero no porque se presente una excepción, sino sencillamente porque **dicha conducta no estaría abarcada por el espectro formalmente penalizado por la ley.**

En consecuencia, lo que las *normas primarias imperativas* hacen es determinar dos cosas: (i) cuándo una conducta está prohibida y (ii) cuándo un sujeto es responsable de su comisión. Las ausencias de responsabilidad en cambio lo que hacen establecer: (i) las hipótesis de conductas no prohibidas y (ii) las hipótesis de sujetos no responsables.

Por ende, la **antijuridicidad** sería un elemento **extraño y redundante** en la configuración del delito al *viabilizar un nuevo juicio de prohibición conductual* ya superado por la *tipicidad* al estudiarse la imputación objetiva del comportamiento, con base en la cual se plantearía la paradoja de que ante la presencia de una causal de justificación se terminaría permitiendo **lo mismo** que la norma penal ya había prohibido. Por el contrario, con un esquema bipartito del delito, justamente cuando se examina si el hecho está o no prohibido por el Derecho Penal, las causales de justificación entrarían a decidir dicha problemática de forma definitiva y no parcial, evitándose así la violación del *principio lógico de no-contradicción* frente a las eximentes justificativas y un análisis *tautológico* o *redundante* respecto al estudio positivo de antijuridicidad.

Además, téngase en cuenta lo siguiente:

- i. Para todos los autores (salvo FRISCH) el rasgo más general y definitorio de la imputación objetiva es *la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado* y su ulterior *concreción en el resultado*. Así mismo, a excepción de algunos pocos doctrinantes (citados líneas atrás) estos criterios de imputación normativa suelen ubicarse en la **tipicidad objetiva**.
- ii. Para todos los autores las causales de justificación constituyen autorizaciones o permisiones del orden jurídico frente a ciertos compor-

tamientos; es decir, **son conductas que no se encuentran jurídicamente desaprobadas**. Sin embargo, la ubicación sistemática de las mismas (salvo en PAWLIK y tímidamente en SILVA SÁNCHEZ) no se da en la tipicidad objetiva, al lado de la imputación objetiva, sino en la antijuridicidad como su faz negativa.

- iii. Y finalmente para todos los autores (más allá de las variaciones terminológicas) la categoría dogmática de antijuridicidad significa en esencia “contrariedad al orden jurídico”. Pero entonces me pregunto, si eso que he referido es la definición de antijuridicidad penal y la imputación objetiva al mismo tiempo es *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado*, ¿cómo es que un “estado de necesidad”, una “legítima defensa” un “estricto cumplimiento de un deber legal”, entre otras causales de justificación, pueden ser actuaciones **permitidas**, autorizadas y en general no-prohibidas, pero a su vez constituyan *riesgos jurídicamente desaprobados*? Algo acá está fallando, y no es en la pregunta, sino en la respuesta. Por lo tanto, salvo que adrede se vulnere el principio lógico de no-contradicción y se renuncie a que la doctrina tenga coherencia y consistencia lógica, una tesis que separa las causales de justificación de los riesgos permitidos y mantiene aislados los conceptos de imputación objetiva y antijuridicidad sólo puede estar destinada al fracaso y la risa de cualquier observador externo, siendo en definitiva una postura inaceptable.

Así las cosas, según la perspectiva que aquí se defiende, es necesario **abandonar** de una vez por todas la tripartición del delito y simplificando las cosas (que se han complicado tanto en la dogmática jurídico-penal precisamente por esforzarse en mantener categorías y elementos que ya no cumplen ninguna función en el esquema de la conducta punible) dejar atrás la antigua categoría intermedia de antijuridicidad que existía entre la *tipicidad penal* y la *culpabilidad*, y hablar de un esquema bipartito. Esto lo sostengo, porque considero que con la *imputación objetiva* **todas las funciones que cumplía la antijuridicidad ahora son cumplidas de una manera más lógica y sencilla por el tipo penal** utilizando para ello criterios positivos de atribución como lo es la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado* o la *lesividad* (que se equipararían respectivamente a los conceptos de antijuridicidad formal y antijuridicidad material) y criterios negativos de imputación (como *contracara de aquellos*) entre los que tendríamos el *riesgo permitido* y la *lesión insignificante de los bienes jurídicos*.

4.2.1. Breve presentación del modelo ampliado de riesgo permitido

La expresión *riesgo permitido* admite gran multiplicidad de significados o alcances. Sin embargo, aquí se entenderá que se trata de un macroconcepto *opuesto* (la otra cara de la moneda) del *riesgo jurídicamente desaprobado* como elemento necesario y positivo para la afirmación de la imputación objetiva. En consecuencia, la presencia de uno niega la existencia del otro.

Este riesgo permitido lo hay de dos clases (según la clasificación **aquí adoptada**): a) *general* y b) *situacional*. Lo común a ambos riesgos es que se trata de conductas peligrosas que dañan bienes jurídicos o los ponen en peligro efectivo, encajan en la formal y objetiva descripción típica de la ley penal, pero se encuentran a su vez **autorizadas** en su ejecución, razón por la cual impiden la *creación del riesgo jurídicamente desaprobado* y en consecuencia la satisfacción del primer nivel de imputación objetiva. Es importante en este momento **precisar** que los **tipos formales descriptivos** que aparecen en la ley penal son apenas la descripción de las conductas que **serán sometidas al juicio de desvalor jurídico y NO en sí mismas las acciones u omisiones prohibidas**. Justamente, para saber en un caso concreto si el hecho investigado y ajustado a la tipicidad formal es un ilícito, un injusto penal o una conducta materialmente típica y, por lo tanto, prohibida es necesario agotar adicionalmente el juicio de imputación objetiva y el de imputación subjetiva para poder establecer, ahí sí, dicha conclusión porque de lo contrario sería imposible. Lo que ocurría, es que antiguamente era necesario esperar llegar hasta la **antijuridicidad** para lograr completar este estudio. Sin embargo, con el descubrimiento de la **imputación objetiva** como elemento adicional y necesario de la verificación de la tipicidad la **antijuridicidad se convirtió en un escalón de análisis** redundante y superfluo, pues todas las funciones que esta cumplía pasó satisfacerlas la imputación objetiva.

Así mismo, podríamos definir los *riesgos permitidos generales* como todos aquellos eventos objetivos que representan un comportamiento formalmente descrito por la ley penal como típico pero **carente de desaprobación jurídica** por ser autorizada su ejecución a nivel legal, constitucional o convencional en virtud de una ponderación de intereses que hizo viable su permisión. Aquí la exclusión de la tipicidad se presentaría **sin tener en cuenta el contexto** en el cual ocurre. En estos

eventos, el legislador aceptó como permitidas la acción y el resultado que inevitablemente ésta produjera (ausencia de desvalor del acto y del resultado). También quedan aquí cobijados los denominados **riesgos generales de vida** a los cuales “*pertenecen, en especial, las condiciones completamente lejanas (por ejemplo: la procreación de un posterior asesino) y los cursos causales no dominable (especialmente, la fuerza de la naturaleza*”⁶³.

En cambio, serían *riesgos permitidos situacionales* todos aquellos eventos objetivos que representan un comportamiento formalmente descrito por la ley penal como típico pero **carente de desaprobación jurídica** por ser autorizada su ejecución gracias al expreso mandato realizado por el Código Penal, aunque **condicionando dicha autorización al contexto en el que se produzca el caso concreto**, cuyas especiales características serán las que lo conviertan en un hecho socialmente tolerable y susceptible de ser aceptado por el ordenamiento jurídico. Si se dan todas estas condiciones decaerá tanto el desvalor del acto como del resultado, pues en la ponderación hecha por el legislador al construir las eximentes de responsabilidad, previó que en virtud de las mismas la *acción* y el *resultado* podrían ocurrir y realizarse si se daban las condiciones contextuales exigidas; es decir, autorizó ambos.

4.2.2. Argumentos que soportan la tesis según la cual las “causales de justificación” constituyen riesgos permitidos (eventos de atipicidad objetiva por falta de imputación objetiva)

4.2.2.1. Argumento lógico-normativo

La dogmática jurídica en general y la teoría del delito en particular proponen la creación de un **sistema**. Un sistema es un “*conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí*”⁶⁴. Esa racionalidad implica, por lo menos, la **consistencia** y la **coherencia** de dicha teoría, sin llegar a exigirse la *completitud*⁶⁵ dado que desde

⁶³ WESSELS, J., BEULKE, W., & SATZGER, H. *Derecho Penal*, Parte General. El delito y su estructura. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 107

⁶⁴ Diccionario de la Real Academia Española

⁶⁵ “*La completitud se define, de manera general, como la propiedad de un conjunto de enunciados de constituir una axiomatización exhaustiva de un cierto universo de discurso, de forma que todo enunciado correcto, relevante para aquel universo, es un teorema de la base axiomática.*” En: RATTI, Giovanni Battista. *Lógica de las normas, coherencia y metodología jurídica*. Chile: Ediciones Olejnik, 2017, p. 46

GÖDEL⁶⁶ fue demostrada su imposibilidad lógico-existencial. Dicha coherencia sería la “*relación justificadora entre ciertos principios y un cierto conjunto de reglas que los presuponen*”⁶⁷, mientras que la consistencia podría definirse como “*la propiedad que caracteriza un conjunto de enunciados que carece de **contradicciones***.”⁶⁸ Esto último implica que la teoría del delito deba cumplir con las reglas derivadas del *principio lógico de no contradicción* y según el cual “*ninguna proposición es al mismo tiempo verdadera y falsa*”⁶⁹, lo cual llevándolo al mundo normativo significaría que dicho sistema del delito, para ser un auténtico sistema formalmente correcto, no puede contener **proposiciones incompatibles** puesto que ante su existencia no pueden ser al mismo tiempo verdaderas (*principio lógico de tercero excluido*). Los tres casos de incompatibilidad se presentan:

- “1. Entre una norma que **manda** hacer alguna cosa y una norma que la **prohíbe** (contrariedad);
2. Entre una norma que **manda** hacer y otra que **permite** no hacer (contradictoria), y
3. Entre una norma que **prohíbe** hacer y una que **permite** **hacer** (contradictoria).”⁷⁰

⁶⁶ “Nació así un estado de opinión en el que se admitía tácitamente que todos los sectores del pensamiento matemático podían ser dotados de unos conjuntos de axiomas susceptibles de desarrollar sistemáticamente la infinita totalidad de proposiciones verdaderas suscitadas en el campo sujeto a investigación. El trabajo de GÖDEL demostró que esta suposición es insostenible. Puso frente a los matemáticos la asombrosa y melancólica conclusión de que el método axiomático posee ciertas limitaciones intrínsecas que excluyen la posibilidad de que ni siquiera la aritmética ordinaria de los números enteros pueda llegar ser plenamente axiomatizada.” En: NAGEL, Ernst & NEWMAN, James R. *El teorema de Gödel*. Madrid: Editorial Tecnos, 2015, p. 20. Se aclara, no obstante, que, aunque estos autores también dicen que Gödel demostró la imposibilidad de la consistencia, considero que no es así ya que el mismo Gödel la teorizó posible, aunque sumamente dispendiosa o difícil lo cual, por supuesto, es distinto de imposible. Lo cierto es que sí aseguró la imposibilidad de demostrar la consistencia. Esto fue añadido en una nota suplementaria de 1963 a su trabajo de 1931 que puede consultarse en la siguiente referencia: GÖDEL, Kurt. *Sobre sentencias formalmente indecidibles de Principia Mathematica y Sistemas afines*. En: GÖDEL, Kurt. *Obras completas*. Madrid: Alianza Editorial, 2006, pp. 53 y ss.

⁶⁷ RATTI, Giovanni Battista. *Lógica de las normas, coherencia y metodología jurídica*. Chile: Ediciones Olejnik, 2017, p. 46

⁶⁸ Ídem, p. 52

⁶⁹ STEBBING, L. Susan. *Introducción a la lógica moderna*. México: Fondo de Cultura Económica, 1969, p. 194

⁷⁰ BOBBIO, Norbert. *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Editorial Temis, 2007, p. 190

De tales casos, los enunciados en “2” y “3” traen consigo la dicotomía antinómica entre las *normas primarias imperativas* y las *normas primarias facultativas o permisivas*. Sin embargo, esa antinomia es **aparente** si eliminamos la antijuridicidad del esquema del delito, aplicando las reglas del hexágono deontológico, mientras que sería **real** si insistimos en mantener un sistema tripartito y al tiempo una tipicidad que requiera como fundamento para su configuración la presencia de una imputación objetiva cuya afirmación implique la *creación de riesgos jurídicamente desaprobados*.

En ese orden de ideas, las antinomias lógicas que pueden evidenciarse en las posturas mayoritarias del delito las encontramos por que:

- i. Al llevar a cabo el *juicio de tipicidad objetiva* utilizan como uno de sus criterios la verificación de que el sujeto haya creado con su actuar un **riesgo jurídicamente desaprobado**.
- ii. Ese riesgo **jurídicamente desaprobado** no es otra cosa que la comprobación de que el hecho o la conducta investigada se encuentre **prohibida**; esto es, que existe una *norma* que prohíbe “hacer” (delitos de acción) o “no hacer” (delitos de omisión) una cosa determinada.
- iii. Para la verificación, de ese nivel de imputación se tienen en cuenta múltiples criterios negativos de atribución que varían de un autor a otro entre los que podría destacarse el *riesgo permitido*.
- iv. Una vez superado el *juicio de tipicidad objetiva y subjetiva*, el analista pasa a realizar un *juicio de antijuridicidad* buscando determinar si la conducta típica a su vez es contraria o no a Derecho; en otras palabras, si se encuentra prohibida realmente o permitida por una causal de justificación.
- v. Ante la eventualidad de que concurra una causal de justificación, en virtud de este sistema tripartito, estaremos ante una verdadera **antinomia** por cuanto gracias al juicio positivo de tipicidad objetiva se habrá concluido que la conducta “X” del sujeto estaba **PROHIBIDA** (dado que creó un riesgo **jurídicamente DESAPROBADO**), pero que al tiempo estaba **PERMITIDA** por la concurrencia de dicha causal de justificación.
- vi. Lo anterior pone en evidencia que los sistemas tripartitos vulneran el principio lógico de contradicción y en consecuencia la **consistencia** de la teoría que proponen.
- vii. Sin embargo, también vulneran la **coherencia** cuando se trata de resolver lo atinente al **error en los presupuestos objetivos de una causal de justificación** por cuanto si lo consideran un **error de tipo** que afecta el dolo, olvidan estos teóricos del sistema que el **dolo**

es el resultado del juicio positivo de tipicidad subjetiva que ya debiera estar **sistemáticamente superado** cuando se comienza a realizar el de antijuridicidad, trastocando el orden lógico mismo del sistema que tales doctrinantes proponen. Pero, también vulneran la **coherencia** aquellos que, para solventar este impase lógico, buscan ubicar dicha forma de error como una modalidad de **error de prohibición** dado que eso pervierte la esencia misma de esta última ausencia de responsabilidad y la estructura propia de la culpabilidad dado que: el error en los presupuestos objetivos de una causal de justificación NO es un error de valoración jurídica acerca de la prohibición de un hecho, sino un error acerca de la **existencia misma de un hecho** que de haberse dado habría eliminado la desaprobación jurídica del comportamiento.

De igual manera los sistemas alternativos bipartitos, ya existentes, mantienen el mismo defecto aquí expuesto por cuanto si nos referimos a la *teoría de los elementos negativos del tipo* vemos que la mayor incongruencia de esta teoría es la falta de **coherencia** dado que esgrimen algo que yo he llamado la **doctrina del arrepentimiento** y según la cual una vez superado el *juicio de tipicidad objetiva y subjetiva*, al verificar (en la antijuridicidad) que sí existió una *causal de justificación*, se **arrepienten** de haber dicho que la conducta era típica y por arte de magia borran esa afirmación asegurando, entonces, que la *causal de justificación* encontrada *a posteriori* del orden lógico que ellos mismos ha mantenido, termina proyectando sus efectos hacia atrás arrastrando consigo la tipicidad que ya habían considerado existente.

Por el contrario, **con la sistemática aquí propuesta** ningún defecto de coherencia o consistencia se revela habida cuenta que:

- i. Al incluirse las *causales de justificación* como modalidades de *riesgo permitido* se viabiliza en el estudio de la imputación objetiva (ubicada en sede de la tipicidad) la existencia o inexistencia de las mismas.
- ii. Esto posibilita, igualmente, la **eliminación de la antijuridicidad** y, por ende, también la eliminación de un análisis tautológico de contrariedad con el derecho que se realizaba en un estadio posterior al de la tipicidad, lográndose de esta manera convertir el juicio de tipicidad en un **juicio definitivo de prohibición o permisión** de la conducta.
- iii. Bajo esta perspectiva, **ninguna inconsistencia** se presentaría dado que precisamente cuando se esté verificando si la conducta se encuentra o no prohibida, la concurrencia de una causal de justificación conllevaría

la *negación* de la tipicidad de la conducta al no haberse creado *un riesgo jurídicamente desaprobado*. Es decir, en el sistema propuesto no afirmamos que la conducta está prohibida y permitida al mismo tiempo (como lo hace la doctrina tripartita, así sea implícitamente) ni tampoco que estaba prohibida, según un examen inicial, pero que luego nos dimos cuenta que no era así y decidimos entonces cambiar de idea (como ocurre con la doctrina de los elementos negativos del tipo penal), sino que, exactamente, cuando estamos verificando la efectiva existencia de una prohibición, ante la concurrencia de una justificante, se concluye (allí donde se debe estudiar ello) que el actuar desplegado por el sujeto en realidad estaba permitido y no prohibido.

- iv. Esto tampoco constituye una antinomia frente a la abstracta descripción que el legislador hace en la *parte especial* de los Códigos Penales, puesto que las causales de justificación desde nuestra visión, y aplicando para ello el hexágono deontológico, son *permisiones relativas*; es decir, autorizaciones o espacios de libertad que NO se tocan con las *prohibiciones relativas* de los delitos. En consecuencia, el estudio acerca de la ilicitud de un hecho toma como base las *descripciones* que el legislador hace en la parte especial de los códigos penales y que podríamos denominar como **conductas relevantes**, mas no *necesariamente* prohibidas. La prohibición, recordemos, es una conclusión a la cual llega el intérprete luego de agotar el juicio de tipicidad que implica la necesaria verificación de que el sujeto haya *creado un riesgo jurídicamente desaprobado*. Lo importante, entonces, de las **conductas relevantes** es que solamente estas pueden estar prohibidas, salvo que hagan parte del *conjunto* de conductas permitidas.

Entonces, si la *conducta no es ni siquiera relevante* carece de importancia para el derecho penal, pero esto se comprueba mediante el *juicio de subsunción lógico*. En cambio, si la conducta es relevante tendrá que pasar a realizarse un juicio de imputación objetiva en cuyo primer nivel se realiza el análisis de licitud de la conducta relevante, el cual resultará definitivo y nunca parcial como en los anteriores sistemas tripartitos e inclusive en la doctrina de los elementos negativos del tipo penal.

De esta manera, en el ejemplo propuesto *matar a otro será prohibido o desaprobado*, pero no ambas, dependiendo de si el sujeto creó o no un riesgo jurídicamente desaprobado.

- v. En punto de la **coherencia** del sistema propuesto se soluciona la problemática del *error en los presupuestos objetivos de una causal de justi-*

ficación dado que al estar las justificantes **sistemáticamente ANTES** de realizar el estudio de *imputación subjetiva* el dolo ABARCARÍA las situaciones fácticas que convertirían en desaprobada o aprobada a nivel general la conducta por el sujeto desplegada. Por lo tanto, este tipo de error debe ser tratado como un *error de tipo* cuya vencibilidad conlleva el castigo del comportamiento bajo la modalidad culposa si la ley lo ha previsto como punible.

En cuanto al tema del *error en los presupuestos objetivos de una causal de exculpación* (como, por ejemplo, el estado de necesidad exculpante) ello es una problemática que atañe a la culpabilidad y no a esta investigación. Sin embargo, puedo anticipar que mi criterio al respecto lleva a considerar como correcta la postura de que el *error invencible acerca de los presupuestos objetivos de un estado de necesidad exculpante* es equiparable al *estado de necesidad exculpante* en sí mismo y que por ende lo que faltaría es la *exigibilidad de conducta conforme a derecho* y no la conciencia de lo ilícito. Por lo tanto, cuando el error sea vencible habrán de aplicarse las reglas del *exceso* que aplicarían para la causal de exculpación ahora putativa.

- vi. Finalmente, **las causales de justificación son una modalidad de riesgo permitido**, bajo la sistemática de género y especie, porque aquellas no son nada distintos que *autorizaciones* o *conductas peligrosas permitidas* por el legislador y en consecuencia, su identificación con el *riesgo permitido* se hace inevitable, dado que si no fuera así se estaría vulnerando nuevamente el principio lógico de no-contradicción y por ende la *consistencia* del sistema al afirmar que la proposición normativa “*el comportamiento X no es una conducta permitida*” es al tiempo verdadera y falsa.

4.2.2.2. **Argumento constitucional o a partir de principios limitadores del *ius puniendi***

El **principio de legalidad material** exige que la ley describa de manera completa qué conductas se encuentran prohibidas por el Derecho Penal y cuáles no. Dicha función, la cumple el *tipo penal* o *injusto* (que como expresiones sinónimas aquí se adoptan). Esa exigencia, fue positivizada como *norma rectora* en el actual Código Penal al afirmar el art. 10 que “*la ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal.*” Por lo tanto, el tipo penal no solamente incluye las *conductas relevantes*, sino adicionalmente las **conductas prohibidas**.

Al respecto ha expresado la Corte Constitucional en Colombia:

“La conducta punible, el proceso y la pena son las categorías fundamentales del sistema penal. En las sociedades civilizadas cada una de esas categorías debe ser determinada por la ley y debe estarlo de manera cierta, previa y escrita. **Cierta**, por cuanto **debe definirse con certeza el ámbito de las prohibiciones**, procesos y sanciones de tal modo que los ciudadanos sepan a qué atenerse en su diaria convivencia. Es decir, **con seguridad deben conocer qué comportamientos no están permitidos**, a qué reglas procesales se somete la persona a la que se le impute una conducta prohibida y cuáles son las consecuencias sobrevinientes en caso de ser encontrado responsable de ella. Previa, en cuanto se trata de decisiones normativas que deben ser tomadas por la ley antes de los hechos que generan la imputación penal. Esto es, las normas que configuran las conductas punibles, los procesos y las sanciones deben estar predeterminadas. Y escrita, por cuanto se trata de normas con rango formal de ley. Es decir, para la predeterminación de la conducta punible, el proceso y la pena, existe reserva de ley.”⁷¹

Por lo tanto, gracias a la **certeza** que como característica de la ley penal derivada del principio de legalidad debe cumplir todo tipo penal se hará necesario **incluir en éste** como uno de sus elementos configurativos la *determinación* de los riesgos desaprobados que, naturalmente, decaerán ante la permisión que el mismo ordenamiento jurídico establezca.

En un sentido similar, aunque más preciso al traer a colación el concepto de tipicidad, la Corte Constitucional ha dicho:

“No debe olvidarse, en efecto, que en virtud de los principios de legalidad y tipicidad el legislador se encuentra obligado a establecer claramente en qué circunstancias una conducta resulta punible y ello **con el fin de que los destinatarios de la norma sepan a ciencia cierta cuándo responden por las conductas prohibidas por la ley** (artículo 6 C.P.). No puede dejarse al juez, en virtud de la imprecisión o vaguedad del texto respectivo, la posibilidad de remplazar la expresión del legislador, pues ello pondría en tela de juicio el principio de separación de las ramas del poder público, postulado esencial del Estado de Derecho (artículo 113 C.P).”⁷²

⁷¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia no. C- 820 de 2005, 09 de agosto de 2005. M.P.: Clara Inés Varas Hernández.

⁷² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia no. C-173 de 2001, 14 de febrero de 2001. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

Clarificado lo anterior, las causales de justificación como auto-razonamientos de conductas del legislador deben necesariamente pasar a convertirse en la **faz negativa de la tipicidad** y no de un estadio posterior porque es allí y no en otro lugar en donde se establece qué comportamientos se encuentran prohibidos y cuáles no.

Esta última afirmación fue fundamentada en el acápite 1.3 gracias, igualmente, a los principios **de culpabilidad, lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos** a cuyo amparo se concluyó que la imputación objetiva era un elemento necesario del tipo penal cuya definición no podía ser otra que la creación de riesgos jurídicamente desaprobados, razón por la cual **todo lo que sea permitido** habrá de convertir en atípica la conducta estudiada, lo que justificaría constitucionalmente la necesidad de que las *causales de justificación* sean aspectos negativos de la imputación objetiva.

4.2.2.3. Argumento dogmático-histórico

La **tesis** que se defiende es la siguiente: a partir de la **normativización** del tipo penal ocurrida por la aparición de la categoría dogmática de la imputación objetiva, la **antijuridicidad** se convirtió en elemento del delito innecesario y tautológico, dado que la existencia de lesividad y la concurrencia de justificantes habrán de realizarse en el momento en el que se verifique la *creación o no de riesgos jurídicamente desaprobados*.

En la monumental obra del profesor Fernando MOLINA FERNÁNDEZ⁷³ se señala con acierto que la respuesta a la pregunta de si aún hoy en día sigue siendo necesaria la *antijuridicidad* como categoría dogmática del delito depende, esencialmente, de la revisión de tres aspectos que en los acápites anteriores hemos realizado:

- i. *Primero*, que la antijuridicidad surgió para expresar la *ilicitud formal* que representa el delito como conducta objetivamente contraria al Derecho y sus normas.
- ii. *Segundo*, que la antijuridicidad representó en sí misma el contenido material del principio de lesividad entendido como lesión o puesta en peligro efectiva de bienes jurídicamente tutelados, y
- iii. *Tercero*, que la antijuridicidad se constituyó en un escalón sistemáticamente apto en la estructura del delito para resolver problemas de aplicación del derecho penal frente a la contraposición de normas permisivas.

⁷³ *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 45

Justamente, su permanencia en el tiempo pareciera ser el fruto de las tres importantes funciones que ha cumplido para la descripción adecuada del contenido del delito, sin cuya ayuda habría sido muy difícil de lograr. Por eso, juega en contra de nuestra tesis (de eliminación de la antijuridicidad como categoría independiente del delito) el hecho indiscutible de que sea necesario un estadio previo para evaluar la contrariedad de los comportamientos realizados por el autor con la totalidad del ordenamiento jurídico, de manera previa y distinta a como lo hace la culpabilidad, evaluando y verificando si han existido lesiones o puestas en peligro efectivas de bienes jurídicamente tutelados que además no hayan estado amparadas por causales de justificación. Sin embargo, todas esas loables y necesarias funciones que cumplía la antijuridicidad en el ayer son hoy en día satisfechas en su totalidad (y de mejor manera) por la imputación objetiva del comportamiento. Razón por la cual, pasaremos a explicar por qué esta categoría dogmática del delito, como estadio posterior de la tipicidad, es simplemente una estructura rezagada del pasado, carente de funcionalidad, que entorpece la sistemática del delito por ser redundante y cuya vacuidad la convierte en algo formal y materialmente innecesario.

En la época de BELING la fuerte distinción entre *tipo* y *antijuridicidad* ocurrió por, al menos, dos razones fundamentales⁷⁴: (i) una de tipo *metodológica* que siguiendo la influencia positivista buscaba *separar* el hecho externo y objetivo de la perspectiva valorativa que pudiera realizarse sobre este, para conseguir así una visualización ilustrativa o didáctica⁷⁵ del delito; y (ii) una de tipo *material* y *funcional* que permitiera diferenciar la conducta que selecciona el legislador penal como delito, de la valoración de contrariedad que representa ese comportamiento con el resto del ordenamiento jurídico.

No obstante, la mayoría de los autores contemporáneos no describen la *tipicidad* ni el *tipo penal* como una categoría neutra, sino cargada de contenido valorativo. Para demostrar mi afirmación, transcribiré a continuación las definiciones que actualmente se realizan del tipo penal y de la tipicidad poniendo en evidencia así la incongruencia de sus posturas, dado que aun cuando admiten que en este primer estadio

⁷⁴ Similar: WILENMANN, Javier. Injusto, justificación e imputación. En: PAWLIK, Michael, KINDHÄUSER, *Urs & otros*. La antijuridicidad en el Derecho Penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa. Buenos Aires: Editorial B de F, 2013, p. 118 y ss.

⁷⁵ Ídem, p. 118

de análisis **se debe verificar si una conducta es contraria a derecho (esto es, si se encuentra prohibida)** tozudamente deciden continuar justificando la existencia de un estadio posterior que **haga exactamente lo mismo que se realiza en la tipicidad** mediante alambicadas y confusas construcciones argumentativas que tan solo muestra la desesperación por mantener una categoría dogmática cuya única fuerza imaginaria reside en la tradición, más no en la racionalidad y la coherencia del sistema.

Así las cosas, quiero poner de presente *primero* la explicación que realizan los mismos autores JESCHECK & WEIGEND de la situación histórica que justificaba la existencia de la antijuridicidad:

“De acuerdo con ello la tipicidad fue comprendida como una descripción puramente externa del hecho de la acción **sin predicado valorativo alguno** (por ejemplo, la muerte de una persona en la que el examen de la antijuridicidad puede mostrar que ésta constituya una acción de guerra y resulta así justificada). **La valoración jurídica de este suceso** debía tener lugar en el campo de la **antijuridicidad** y siempre desde un punto de vista puramente objetivo.”⁷⁶

Empero, esta idea del tipo penal y de la tipicidad cambió radicalmente con la entrada de la *imputación objetiva* por cuanto:

- i. Según MAURACH & ZIPF en el tipo penal se describen “*ciertos comportamientos ilícitos típicos (contravenciones a la norma) como un acotado acontecimiento de la vida y los somete a una pena.*”⁷⁷ Y de forma **aún más sorprendente** nos dicen estos autores: “*se entiende por tipo la descripción que el legislador hace de un determinado comportamiento humano antijurídico*”⁷⁸. Entonces, si ya la antijuridicidad de la conducta es algo verificable en la tipicidad ¿por qué mantienen la necesaria existencia de un estadio de análisis posterior llamado, justamente, antijuridicidad? Al parecer para la comprobación de las causales de justificación, **desconociendo** que su concurrencia lo harían es precisamente eliminar la desaprobación del acto y por ende la tipicidad misma del comportamiento.

⁷⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich & WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*, Parte General. Op. Cit. p. 217

⁷⁷ MAURACH, Reinhart & ZIPZ, Heinz. *Derecho Penal*, Parte General. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, p. 346

⁷⁸ Ídem, p. 350

- ii. Para STRATENWERTH “*el tipo en sentido estricto consiste en la descripción de la conducta **contraria a la prohibición o mandato**, a la que se refiere la conminación penal*” y que por lo tanto “*la tipicidad significa tan sólo que la conducta **contradice la prohibición o el mandato** asegurados penalmente*”⁷⁹. Sin embargo, más adelante, aunque pareciera que aquí a *refundido* en una sola categoría la antijuridicidad y la tipicidad, aclara que este primer elemento del delito “*no dice aún que la conducta sea (penalmente) antijurídica, sino sólo que podría serlo*” generando con ella una innecesaria multiplicación de los entes. No se puede afirmar que algo está prohibido y luego decir que tal aseveración se basa en mero juicio provisional. Algo así, carece de la fuerza argumentativa para ser soportado, pero se sustenta en el peso de la tradición que los distintos autores no desean abandonar por el miedo a la tristeza que su duelo causaría.
- iii. Según JESCHECK & WEIGEND “*las acciones **contrarias a estas normas** están descritas en los concretos tipos penales. La tipicidad de una acción significa, por consiguiente, que el hecho muestra aquellos elementos del injusto que se corresponden con el tipo de un delito determinado*”⁸⁰. Pero a pesar de dicha argumentación, termina concluyendo que el *juicio de prohibición* realizado en la tipicidad no se corresponde con el *juicio de antijuridicidad* que debe efectuarse posteriormente a aquél para investigar la concurrencia o no de una causal de justificación. Sin embargo, ¿no es justamente eso lo que debe verificarse en el momento en el que estudie la tipicidad de la conducta porque de qué otra manera podría determinarse si un comportamiento está prohibido o no?

En Colombia, las consecuencias de la normativización del tipo penal y la posibilidad de que esto termine absorbiendo el juicio de antijuridicidad en punto de considerar las causales de justificación como elementos negativos de tipicidad han sido puestas de presente por el profesor Yesid REYES ALVARADO de la siguiente manera:

- i. *Análisis frente a la **lesividad** de la conducta*: La solución no es sencilla, porque si se opta por mantenerla como elemento del tipo, entonces la antijuridicidad (en lo que se suele llamar su aspecto positivo) desaparece porque gira alrededor de la efectiva lesión o puesta en peligro

⁷⁹ STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal*, Parte General I. Hecho punible. Buenos Aires: Hammurabi, 2016, p. 128.

⁸⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich & WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Op. Cit. p. 346

del bien jurídico, quedando solo como un aspecto independiente a considerar las llamadas causales de justificación (que otros prefieren denominar el aspecto negativo de la antijuridicidad). Si, por el contrario, se optara por retirarla de la tipicidad para que la antijuridicidad no desaparezca como elemento autónomo de la teoría del delito (por lo menos en su faceta objetiva), entonces el ámbito de aplicación de la tipicidad se ampliaría de una forma desmedida.⁸¹

- ii. **Análisis frente a las causales de justificación:** El desarrollo que han tenido conceptos como el de riesgo permitido y riesgo jurídicamente desaprobado dentro de la faceta objetiva de la tipicidad, ha generado un debate interesante en cuanto a si existe o no una diferencia entre las tradicionales causas de justificación y la noción de riesgo permitido:

“Aun cuando el tema es aún objeto de discusión, bien podría decirse que si una conducta corresponde a lo que de alguien se espera en una determinada situación, habrá actuado dentro del riesgo permitido; si, por el contrario, la persona se ha comportado de una manera distinta a como debía hacerlo, pero esa actuación puede ser tolerada de manera excepcional, entonces se estará en frente de una justificante. (...) pero si se admite que el cumplimiento de un deber legal, el legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público, constituyen manifestaciones del riesgo permitido como elemento de la imputación objetiva, entonces no cabe duda de que no solo hacen parte de la tipicidad, sino que dentro de ella pueden situarse en su faceta objetiva porque su existencia no ocurre en la mente del autor del comportamiento.”⁸²

Pero como puede verse el profesor REYES ALVARADO sigue manteniendo una diferencia entre el *riesgo permitido* y las *causales de justificación* similar a la JAKOBS y ROXIN, al considerar que con la primera eximente se encierran todos los casos que genéricamente se consideran autorizados por el legislador, mientras que con el segundo grupo de ausencias de responsabilidad se encierran las situaciones que solamente bajo el análisis del caso concreto puede excepcionalmente considerarse permitido.

Sin embargo, esta postura no puede compartirse porque ya sea en *concreto* o de *forma general* lo cierto es que quien actúa en virtud de una

⁸¹ REYES ALVARADO, Yesid. El archivo de la investigación por atipicidad objetiva. *Revista N° 49* Oct.-Dic. 2014.

⁸² Ídem.

causal de justificación, sencillamente, **no crea un riesgo jurídicamente desaprobado** pues su comportamiento obedece a una expresa autorización del legislador y, en consecuencia, actuar conforme a derecho no podría nunca considerarse al tiempo desaprobado, sin generar con ello una antinomia lógica irresoluble para un sistema jurídico.

¿Por qué, entonces, desde el punto de vista dogmático el riesgo permitido haría parte de la imputación objetiva?

Por las siguientes razones:

- i. Es una exigencia **derivada** del **principio constitucional del acto y exclusiva protección de bienes jurídicos** (como ya se dijo) dado que el legislador no puede prohibir la meras intenciones o hechos exteriorizados si estos a su vez no son comportamientos que tengan una mínima apariencia delictiva.
- ii. Una acción objetivamente correcta no puede convertirse en típica porque vaya guiada por un mal propósito, dado que eso implicaría la etización del derecho.
- iii. Tipificado es **prohibido** o contrario a derecho, pues el tipo penal en su descripción usa normas objetivas de valoración de la conducta y lo hace prohibiéndolo al asignar una pena a ese comportamiento.
- iv. Es claro entonces que si para que haya imputación objetiva se requiere la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado*, la concurrencia de un riesgo permitido (precisamente por no estar desaprobado) conllevará la eliminación de la tipicidad.

Ahora bien, ¿Por qué las causales de justificación serían riesgos permitidos?

Por las siguientes razones dogmáticas:

- i. Porque tanto en el *riesgo permitido* como en las *causales de justificación* se lleva a cabo una **ponderación de intereses**, aun cuando el tipo de ponderación sea distinta (como lo afirman ROXIN, JAKOBS y REYES ALVARADO, entre otros): *general* para el “riesgo permitido” y *particular* para las “causales de justificación”, puesto que eso lo único que deja evidenciar es que estas últimas serían una *modalidad* o *especie puntual* de riesgos permitidos y NO una institución jurídica diferente. Ello por cuanto la diferencia entre *general* y *particular*, *abstracto* y *concreto* no conduce a establecer barreras infranqueables entre uno y otro, sino una relación de *género* y *especie* entre las figuras normativas comentadas. De esta manera, **lo fundamental** es que en su *núcleo esencial* las

conductas adecuables a dichas instituciones terminan siendo **lícitas, aprobadas y permitidas** trayendo consigo la misma consecuencia: eliminar la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado*.

- ii. Históricamente poseen también ambas instituciones un punto de convergencia puesto que el *riesgo permitido* se fundamenta en la legitimación histórica la cual ha llevado a que sea entendido como un comportamiento socialmente aceptado, asimilándose en este punto con las *causales de justificación* dado que ellas, según el mismo ROXIN, son una regulación socialmente correcta o aceptada, por lo que en este punto de la argumentación una y otra terminarían también concurriendo.
- iii. Las tradicionales hipótesis de *riesgo permitido* y las *causales de justificación* comparten otra característica adicional que los hace asimilables: uno y otro son conductas *peligrosas* para los bienes jurídicos; esto es, con el potencial para destruir situaciones valiosas jurídicamente protegidas por las Constitución Política de un determinado país.
- iv. La *aprobación* del comportamiento ajustado a ambas instituciones es de tipo *jurídico* y no simplemente moral o ético.
- v. El *exceso* en el comportamiento del sujeto conlleva responsabilidad penal tanto en las hipótesis tradicionales del riesgo permitido (*incremento del riesgo*) como en las causales de justificación.
- vi. El *desconocimiento de los hechos* que harían viable el reconocimiento de una u otra eximente de responsabilidad afecta **por igual** el aspecto cognitivo del dolo, lo cual vendría a ser otro síntoma de que la ubicación de las causales de justificación debería ser trasladada al aspecto negativo de la tipicidad objetiva.

Finalmente, las **consecuencias dogmáticas** de esta tesis serían las siguientes:

- i. El *error en los presupuestos objetivos de una causal de justificación* sería considerado un error de tipo, lo cual resulta compatible con la literalidad del artículo 32 numeral 10 del CP.
- ii. Las causales de justificación serían consideradas riesgos permitidos y por lo tanto **eliminarían la tipicidad objetiva** de la conducta.
- iii. La **antijuridicidad** desaparecería como elemento autónomo del delito y posterior de la tipicidad, pues tanto el estudio de la *lesividad* como de las *causales de justificación* pasaría a realizarse en la imputación objetiva ubicada en sede del tipo penal objetivo.

- iv. El concepto de *ilícito* e *injusto* sería dogmáticamente equiparable al de tipicidad, dado que completado el *juicio de tipicidad* ya la conducta sería **definitivamente** prohibida.
- v. Bajo el anterior entendimiento, y hasta tanto no se realice una reforma al Código Penal, las expresiones *tipicidad*, *ilícito*, *injusto* y *antijuridicidad* serán formas sinónimas de decir **penalmente prohibido**. Por lo tanto, la tesis de la *acesoriedad limitada* que exige para la punición del partícipe que el autor realice al menos una *conducta antijurídica*, deberá entenderse como una exigencia de realizar una conducta *típica, injusta o ilícita*, lo cual queda satisfecho una vez se agota el **juicio positivo de tipicidad subjetiva**.
- vi. Así mismo, el requisito de “*injusta agresión*” que exige el artículo 32 numeral 6 como presupuesto necesario para el reconocimiento de la legítima defensa habrá de entenderse satisfecho una vez agotado el **juicio positivo de tipicidad subjetiva**.
- vii. De igual manera, para la punición del acto del inimputable se requerirá que la conducta sea típica (o sea, injusta, antijurídica o ilícita) y se constante que no existen circunstancias excluyentes de la culpabilidad del autor del hecho.
- viii. Pasarían a eliminar la tipicidad objetiva las siguientes ausencias de responsabilidad del art. 32 del CP (por considerarse modalidades de *riesgo permitido* que NO crean un riesgo jurídicamente desaprobado):
 - El consentimiento del numeral 2.
 - El estricto cumplimiento de un deber legal del numeral 3.
 - El cumplimiento de orden legítima del numeral 4.
 - El ejercicio de un derecho del numeral 5.
 - El ejercicio de un cargo público del numeral 5.
 - El ejercicio de actividad lícita del numeral 5.
 - La legítima defensa del numeral 6.
 - La legítima defensa presunta del numeral 6.
 - El estado de necesidad justificante del numeral 7.
- ix. El objeto del conocimiento del dolo abarcará también la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado sin que llegue a confundirse con la consciencia de lo ilícito por cuanto con el primer nivel cognitivo el sujeto deberá saber que lo realizado se encontraba de alguna forma prohibido por el *Derecho in genere*, mientras que con base en la segunda exigencia cognitiva se le requerirá adicionalmente que, al menos de forma potencial, sepa que su conducta

estaba prohibida, específicamente, por el *Derecho Penal*; esto es, que se trataba de un delito.

5. Conclusiones: presentación del esquema bipartito del delito propuesto

En el modelo continental europeo, desde principios del siglo XX, se evidencia que la dogmática jurídico-alemana estructuró los requisitos configurativos del delito bajo la tríada de “tipicidad” + “antijuridicidad” + “culpabilidad” (sistema tripartito), manteniéndose dicha edificación hasta el día de hoy, casi de forma invariable, por los distintos sectores de la doctrina penal germánica, española y latinoamericana. Sin embargo, en cuanto a los elementos que su vez conforman la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad vemos que la sistemática ha sido completamente caótica, diversiforme y variable hasta más no poder, dejando al funcionario jurisdiccional y, en general, al aplicador del derecho en un completo valle de incertidumbre. A modo de ejemplo, el “dolo” como elemento necesario para la existencia de un delito, comenzó haciendo parte integrante de la culpabilidad con los esquemas clásico y neoclásico del delito, pero, luego de ello, fue “arrancado” de la culpabilidad y “trasladado” hasta la tipicidad por Welzel con el finalismo. En la actualidad aún existen teóricos que defienden la ubicación de este sub-elemento del delito en distintas partes de los macro-elementos de la conducta punible, aunque parece imponerse mayoritariamente la posición de Welzel en dicho aspecto.

Como el Derecho Penal, a la hora de concebir el Delito, ha optado por la configuración de un “**sistema**” rigurosamente organizado, cualquier cambio en el *rompecabezas* de la conducta punible mueve todo el engranaje y trae consigo trascendentales consecuencias de índole sustancial que afectan profundamente la solución de casos concretos. Por ende, la ubicación de los elementos del delito en un determinado orden, no obedece a una simple perspectiva estética o de lógica formal, sino que se encuentra acompañada de toda una línea filosófica que termina repercutiendo a la postre en la solución particular de los casos sometidos a consideración del juzgador.

Así las cosas, con la presente **investigación** se propone, desde el *principialismo constitucionalista* y el *método dogmático*, la elaboración de un **sistema completamente bipartito** en virtud del cual el delito sea redefinido como la suma, únicamente, de “tipicidad” + “culpabilidad”, **eliminando** la “antijuridicidad” como elemento independiente para la

estructuración de la conducta punible por cuanto a partir de la renormativización del “tipo penal” dicha comprobación sistemática se hizo innecesaria y redundante por ya ser satisfecha con aquél.

Las premisas que soportan la tesis expuesta son las siguientes:

- i. Cuanto surgió con el Esquema Clásico la tripartición del delito, vemos que el “tipo penal” y la “tipicidad” (es decir, la adecuación efectiva de los hechos al mismo) nacieron como categorías dogmáticas **valorativamente neutras** y **absolutamente objetivas**, razón por la cual para determinar si un hecho era “típico” o “atípico” (esto es, si encuadraba en el tipo penal) NO se debían realizar juicios jurídicos o valorativos de ninguna clase y tampoco referirse a aspectos internos del sujeto tales como su “conocimiento”, “voluntad” o disposición anímica a realizar la correspondiente conducta. Lo anterior, por cuanto todas las *valoraciones jurídicas* atinentes a determinar si una conducta era contraria a Derecho se realizaba en un estadio analítico posterior: la antijuridicidad mediante la comprobación “negativa” de causales de justificación tales como la legítima defensa, el estado de necesidad o el cumplimiento de un deber. En ese orden de ideas, vemos que se justificaba, para dicha época en la cual el “tipo penal” era valorativamente neutro, la necesaria existencia de un elemento del delito “adicional” en donde se pudiera realizar el análisis de contrariedad de los hechos con el ordenamiento jurídico, surgiendo entonces la “antijuridicidad” como elemento estructural que hacía falta.
- ii. Posteriormente, y de forma principal con Claus Roxin en los años 70, gracias al funcionalismo moderado **se perfeccionó** un nuevo elemento del delito: la **imputación objetiva**. Este mejorado requisito estructural de la conducta punible se convirtió en el hijo rebelde de la *causalidad* porque nació como una “nueva” y “evolucionada” teoría causal, pero con Roxin se independizó completamente de aquélla y tomó un lugar autónomo en la configuración del delito.
- iii. Según Roxin la *imputación objetiva* era un elemento implícito de los tipos penales de resultado, como el homicidio, más no de los “mera conducta”, como el porte ilegal de armas. Así mismo, aseguró que con la *imputación objetiva* se buscaban delimitar las “razones”, “elementos” o “requisitos” a partir de los cuales un proceso causal pudiera atribuírsele el carácter de típico e imputársele luego de ello a su autor. En consecuencia, aunque los hechos “formalmente” encajasen en el “tipo penal”, eso no significaba

que necesariamente fueran típicos. Por el contrario, según Roxin, para poder predicar la tipicidad del comportamiento era necesario algo más: (i) que la persona hubiese *creado un riesgo jurídicamente desaprobado*; y (ii) que dicho *riesgo se hubiese realizado en el resultado*. Solamente, a partir de dichas dos condiciones, era posible decir que SÍ existía imputación objetiva.

- iv. A pesar de las múltiples visiones que tienen los autores alemanes y españoles de la imputación objetiva, es posible afirmar que en esencia todos se encuentran de acuerdo con Roxin en lo que respecta a lo mencionado anteriormente, pero **agregan** casi con unanimidad que el profesor alemán se quedó corto al considerar que solamente para los delitos de “resultado” es que aplicaba la imputación objetiva y es por eso que hoy en día se considera mayoritariamente que dicho elemento constitutivo del delito aplica para todas las conductas punibles y no solamente para las de resultado.
- v. En ese orden de ideas, para la existencia de tipicidad es necesario comprobar (como parte de la imputación objetiva) que el sujeto, al menos, ha **creado un riesgo jurídicamente desaprobado** y por lo tanto serán *atípicas objetivamente* las conductas que NO sean riesgosas o que siéndolas se encuentren autorizadas o aprobadas por el ordenamiento jurídico.
- vi. Bajo dicha lógica, las dos comprobaciones que debían hacerse en la **antijuridicidad** saldrían sobrando con el nuevo concepto **normativizado** que se tiene de tipicidad (a partir de la entrada en escena de la imputación objetiva) puesto que: (i) la *ausencia de lesividad* – como antiguo elemento negativo de la antijuridicidad – conllevaría a su vez la **inexistencia del riesgo** y consecuentemente con ello, también la falta de imputación objetiva impidiéndose así pasar a estudiar la antijuridicidad porque ante dicha hipótesis, ya la conducta terminaría siendo atípica; y (ii) la *ausencia de causales de justificación* (tales como la legítima defensa o el estado de necesidad) al constituirse en riesgos permitidos o, por lo menos, en situaciones NO desaprobadas por el ordenamiento jurídico sino por el contrario plenamente autorizadas, implicaría también la **falta de imputación objetiva** porque aun cuando dichas conductas fueran *riesgosas* o *peligrosas* estarían en últimas completamente permitidas.
- vii. Entonces, si todos los *juicios o comprobaciones* que debían hacerse en la antijuridicidad quedan plenamente satisfechos en la tipicidad, ¿para qué volver a realizar los mismos análisis en la antijuridicidad? Sería

redundante, innecesario y, desde el punto de vista lógico, incorrecto realizando una multiplicación innecesaria de los entes.

viii. Finalmente, no es posible afirmar sin vulnerar al tiempo el principio lógico de no-contradicción, que las *causales de justificación* son permisos o autorizaciones del ordenamiento jurídico para actuar, pero que, a pesar de ello, no constituyen riesgos permitidos y son por lo tanto objetivamente imputables. Sin embargo, esa es la postura actual de la dogmática penal y justamente por vulnerar principios constitucionales como el legalidad y lógicos como el de no-contradicción tal perspectiva es rebatida a través de la tesis aquí expuesta proponiendo un sistema completamente nuevo que lleve a sus últimas consecuencias la aparición de la teoría de la imputación objetiva.

Así las cosas, paso a esquematizar los modelos tradicionales y a confrontarlo con mi propuesta:

Esquema del delito actual mayoritariamente defendido en Colombia

Tipicidad	Antijuridicidad	Culpabilidad
<p>Tipicidad objetiva: Se verifica que los hechos encuadren en los siguientes requisitos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Sujetos (activo y pasivo) 2. Conducta 3. Resultado 4. Nexo causal 5. Imputación objetiva. Consiste en saber si la persona: (i) creó un riesgo jurídicamente desaprobado y (ii) si dicho riesgo se realizó en el resultado. 	<p>Se verifica que la conducta típica:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Cause daño (lesividad) 2. No esté justificada; es decir, autorizada. 	<p>Se verifica que el sujeto:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Sea imputable 2. Haya tenido conciencia de lo ilícito 3. Haya tenido la posibilidad de haber actuado de otra manera.
<p>Tipicidad subjetiva: Se verifica si la conducta se realizó con dolo, con culpa o con preterintención.</p>		

Tipicidad	Antijuridicidad	Culpabilidad
<p>Nota: En este nivel de análisis y no solo se verifica que los hechos encuadren con la <i>descripción objetiva</i> del delito, sino que ahora además se exige una comprobación de la <i>contrariedad de los hechos</i> con el ordenamiento jurídico (imputación objetiva) y de una verificación del aspecto subjetivo del delito.</p>	<p>Nota: Aquí se realiza un juicio de valor normativo; es decir, se verifica que la conducta típica haya sido <i>contraria a derecho</i>. <i>¿Pero acaso esto ya no se hace en la imputación objetiva?</i></p> <p>Con este modelo la <i>legítima defensa</i>, por ejemplo, es <i>típica</i> pero no <i>antijurídica</i>, lo cual es un contrasentido ya que implica reconocer que se ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado mediante una conducta permitida por el ordenamiento jurídico.</p>	<p>Nota: Aquí se verifican unas condiciones personales del autor del hecho para considerarlo culpable.</p>

Esquema Bipartito del Delito

Tipicidad	Culpabilidad
<p>Tipicidad objetiva: Se verifica que los hechos encuadren en los siguientes requisitos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Sujetos (activo y pasivo) 2. Conducta 3. Resultado 4. Nexo causal 5. Imputación objetiva. Consiste en saber si la persona: (i) creó un riesgo jurídicamente desaprobado y (ii) si dicho riesgo se realizó en el resultado. Este análisis implica a su vez verificar si se trató de una conducta <i>lesiva</i> o <i>riesgosa</i> (esto es, si hubo daño) y si tal comportamiento estaba amparado o no por una <i>causal de justificación</i>. 	<p>Se verifica que el sujeto:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Sea imputable 2. Haya tenido consciencia de lo ilícito 3. Haya tenido la posibilidad de haber actuado de otra manera.
<p>Tipicidad subjetiva: Se verifica si la conducta se realizó con dolo, con culpa o con preterintención.</p>	

Tipicidad	Culpabilidad
<p>Nota: Con mi propuesta el análisis que antiguamente se dejaba desplazado para hacerlo en la antijuridicidad se satisface plenamente en sede de imputación objetiva. Así pues, en virtud de este nuevo modelo la <i>legítima defensa</i>, por ejemplo, es <i>atípica objetivamente</i>.</p>	<p>Nota: Aquí se verifican unas condiciones personales del autor del hecho para considerarlo culpable.</p>

Referencias

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BARAJAS CONDE, Diego; PELÁEZ MEJÍA, José M. y SILVA REYES, Andrés. *Significado, Alcance y Criterios de Imputación Objetiva*. Estado de la cuestión doctrinal y jurisprudencial. Cúcuta: Editorial del Centro Seccional de Investigaciones de la Universidad Libre de Colombia, 2013.

BAUCE, Gerardo. El problema de investigación. En: *Revista de la Facultad de Medicina*, 2007. vol. 30. no. 2.

BOBBIO, Norbert. *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Editorial Temis, 2007.

BOTERO, Andrés. Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica. En: *Revista de Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad del Norte. [En línea]. 2004. no. 21.

BUNGE, Mario. *La investigación científica*. Su estrategia y su filosofía. Barcelona: Editorial Ariel, 1987.

COLOMBIA, *CÓDIGO PENAL*, Ley 599 de 2000.

COLOMBIA, *CONSTITUCIÓN POLÍTICA* de 1991.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, *sentencia C-829 de 2014*, 05 de noviembre de 2014. M.P.: Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

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

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia no. C-173 de 2001*, 14 de febrero de 2001. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia no. SU 132 de 2013*, 13 de marzo de 2013. M.P.: Alexei Julio Estreda.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal Parte General, Principios y Categorías Dogmáticas*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2011.

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

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*. CUELLO, Joaquín y SERRANO, José Luis (Trad.) Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004.

GÖDEL, Kurt. Sobre sentencias formalmente indecibles de Principia Mathematica y Sistemas afines. En: GÖDEL, Kurt. *Obras completas*. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Tomo III. La Tipicidad. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2005.

HALLIVIS PELAYO, Manuel. *Teoría general de la interpretación*. México: Editorial Porrúa, 2012.

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

JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. 5ª ed. Granada: Editorial Comares, 2014.

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

KANT, Manuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. México: Editorial Porrúa, 2010.

LAMPE, E. *La causalidad y su función jurídico-penal, en La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2003.

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

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

MAURACH, Reinhart & ZIPZ, Heinz. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994.

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

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

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Montevideo: B de F, 2007.

MIR PUIG, Santiago. Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena. En: MIR PUIG. *Estado, Pena y Delito*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012.

MIR PUIG. Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal. En: MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

NAGEL, Ernst & NEWMAN, James R. *El teorema de Gödel*. Madrid: Editorial Tecnos, 2015.

NUÑEZ, Ricardo. *Manual de Derecho Penal*, Parte General. Argentina: Marcos Lerner Editora Córdoba, 1999.

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

PELÁEZ MEJÍA, José María. *Fundamentos de un esquema bipartito del delito*. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2019.

PELÁEZ MEJÍA, José María. La necesidad del análisis causal frente a la teoría de la imputación objetiva en el derecho penal. *Revista de Derecho*, 31(2), 295-320, 2018.

PINO, Giorgio. *Principios, ponderación, y la separación entre Derecho y moral*. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho [en línea]. 2011, vol. 34.

RATTI, Giovanni Battista. *Lógica de las normas, coherencia y metodología jurídica*. Chile: Ediciones Olejnik, 2017.

REYES ALVARADO, Yesid. *El archivo de la investigación por atipicidad objetiva*. Revista N° 49 Oct.-Dic. 2014.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997.

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

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

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho Penal*. 2ª ed. MUÑOZ, Francisco (Trad.). Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2002.

RUEDA, María Ángeles. *La Teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*. Barcelona: Editorial Bosch, 2002.

SEARLE, John. *La construcción de la realidad social*. Barcelona: Paidós, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012.

STEBBING, L. Susan. *Introducción a la lógica moderna*. México: Fondo de Cultura Económica, 1969.

STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal, Parte General I. Hecho punible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2016.

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

WESSELS, J., BEULKE, W., & SATZGER, H. *Derecho Penal, Parte General. El delito y su estructura*. Lima: Instituto Pacífico, 2018.

WILENMANN, Javier. *Injusto, justificación e imputación*. En: PAWLIK, Michael, KINDHÄUSER, Urs & otros. *La antijuridicidad en el Derecho Penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2013.

ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., & SLOKAR, A. *Derecho Penal, Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Tucumán, 2002.