

**EL DOLO EN LA TEORÍA SINTÉTICA DE LA ACCIÓN PENAL Y SU
FUNDAMENTACIÓN EN LA JUSTICIA RESTAURATIVA¹.**
**THE DOLO IN THE SYNTHETIC THEORY OF CRIMINAL ACTION AND ITS
BASIS IN RESTORATIVE JUSTICE.**

BERNARDO CARREÑO GÓMEZ

RESUMEN

Apodíctico es que desde la dogmática jurídica penal y su fundamentación en la Justicia Restaurativa, se plantea una nueva definición de dolo teniendo como subyacente la posición de garante de los Derechos Humanos desde la perspectiva organizacional funcionalista, sin olvidar realizar una anamnesis de las diferentes doctrinas sobre el particular, cuyo objetivo general es presentar una propuesta que no esté de espaldas a la realidad social, para lo cual se observó una metodología cualitativa mediando unas técnicas descriptivas y emancipatorias, para concluir que el dolo es la violación al principio de posición de garante de los Derechos Humanos Fundamentales bajo conocimiento de sus fines propios, y conciencia del deseo de vulnerarlos, o potencializando la realización imputable de la conducta victimizante.

PALABRAS CLAVES: Dolo, Justicia Restaurativa, posición de garante, Derechos Humanos.

ABSTRACT

Apodictic is that from the criminal legal dogmatics and its foundation in Restorative Justice, a new definition of fraud is proposed having as its underlying the position of guarantor of Human Rights from the functionalist organizational perspective, without forgetting to make an anamnesis of the different doctrines on In particular, our general objective is to present a proposal that does not have its back to social reality, for which a qualitative methodology is specified using descriptive and emancipatory techniques, to conclude that fraud is the violation of the principle of guarantor position of Fundamental Human Rights under the knowledge of their own fines, and awareness of the desire to violate them, or potentiating the imputable realization of the victimizing behavior.

KEYWORDS: Willfulness, Restorative Justice, guarantor position, Human Rights.

Tipología: Artículo de investigación

Recibido: 28/10/2020

Evaluado: 15/11/2020

Aceptado: 30/11/2020

Disponible en línea: 01/07/2021

Como citar este artículo: Carreño, B. (2021). El dolo en la teoría sintética de la acción penal y su fundamentación en la justicia restaurativa. *Vis Iuris. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 8(16).

¹, abogado y licenciado en Filosofía y Ciencias Religiosas. Especialista en Derecho Penal y Derechos Humanos. Magister en Derecho. PhD. en Derecho Internacional. Postdoctor en DD.HH. y Democracia. Maestrando en Alta Gerencia. Profesor de la Universidad Sergio Arboleda, seccional Santa Marta D.T.C.H. Orcid: 0000-0003-1764-899X bernardocarrenogomez@yahoo.es

1-. INTRODUCCIÓN.

Existen varias crisis al interior del Derecho Penal contemporáneo, expone Silva Sánchez (2002)², que se inició desde la perspectiva filosófico-política entre libertad y seguridad resuelta a favor de la última a partir de la prevención general según Beccaria, Bentham, Feuerbach; de la especial, como garantizadora de un nuevo orden social; general positiva fundamentadora según: Welzel, Jakobs; de la general positiva limitadora según: Roxín con su teoría unificadora dialéctica, y Schmidhauser con su argumento a partir de la teoría diferenciadora de la pena. La crisis de legitimación, que cuestiona la justificación del recurso por parte del Estado a la estructura penal; igualmente, la de identidad de la ciencia del Derecho Penal, por cuanto se rebate su propio modelo a adoptar y su auténtica utilidad social; y, por último, la de legitimidad epistemológica, es decir, de validez científica a espaldas de la realidad social.

Carreño³ manifiesta cómo se ha elaborado un Derecho Penal de tan elevada connotación abstracta que ha dejado de lado dogmáticamente a los actores principales objeto estructural de su estudio: el victimario y la víctima. Simplemente, en la dogmática jurídico-penal contemporánea su análisis ha girado en derredor del victimario, con consecuencias nefastas para la sociedad pues no se ha producido ni siquiera un acercamiento dogmático entre ellos para propiciar, de contera, un Derecho Penal restaurador que implique y genere restauración del tejido social, donde no sólo se les involucre, sino que se vincule a las instituciones y a la sociedad en general para hacer efectivo el Manual de la ONU sobre Justicia Restaurativa. De contera, el aporte que hace a la concepción del dolo involucra elementos de la teoría dogmática, de Derechos Humanos, normativos y psicológicos.

Lo expuesto en la parte, *in fine*, lleva ineludiblemente a generar una dogmática jurídico-penal de la víctima y del victimario complexionada en un solo cuerpo dogmático, subyacente a la

² Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, J.M. Bosch Editor, Barcelona 2002, págs. 13-15

³ Carreño Gómez, Bernardo. Teoría Sintética de la Acción Penal y su fundamentación en la Justicia Restaurativa. Tesis para optar por el título de PhD. en Derecho Internacional, Universidad Central de Nicaragua, p. 5.

Justicia Restaurativa, que lleve plantear reformas estructurales en materia legislativa de los Estados con el propósito de que, al unificar esfuerzos sociales, institucionales, jurídico, sico-sociales, y presupuestales se logre la restauración del tejido social mancillado por el delito. Se ha establecido en distintos tratados internacionales que el derecho a la reparación es un derecho humano, como se afirmó en la decisión del 7 de agosto de 2012 de la Corte Penal Internacional. Ahora bien, si el derecho a la reparación está vinculado como elemento ontológico de la Justicia Restaurativa, ella debe ser, por excelencia, un derecho humano de mayor extensión cualificada. De esta manera, la concepción de dolo en Carreño tiene una connotación teleológica en el plexo de la perspectiva restaurativa.

López Martín y otros (2013)⁴, señalan cómo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos consagra el derecho que tienen los particulares a la reparación de los daños ocasionales en el evento de que se violen los tratados que configura tal derecho; por ejemplo: artículo 9.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1.966; artículo 14 de la Convención contra la Tortura de 1.984; artículo 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño 1989; artículo 6 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965; artículo 3 del Convenio de la Haya sobre leyes y costumbres de guerra de 1907; artículo 91 del Protocolo I de la Convenciones de Ginebra sobre protección a las víctimas de conflictos armados de 1977; artículo 41 de la Convención europea para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 1950; artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 y el artículo 21.1 de la Carta Africana de los Derechos Humanos.

Como corolario de lo anterior, la crisis de la función de la pena es resuelta en la Teoría Sintética de la Acción Penal y su Fundamentación en la Justicia Restaurativa⁵ a través de la concepción de un Derecho Penal y de la pena de orden restaurador no solo de la víctima-victimario, sino de las instituciones estatales y, en últimas, de la sociedad. La crisis de legitimación se aboca para señalar que el Estado tiene la función y el deber de implementar

⁴ López Martín, Ana Gemma, Primera Sentencia de la Corte Penal Internacional sobre Reparación a las Víctimas, caso the prosecutor Thomas Lubanga DYilo, 7 de Agosto de 2012, Revista Española de Derecho Internacional, Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid 2013, pág. 213.

⁵ Carreño Gómez, Idem, p. 8.

una dogmática jurídico-penal de mixtura complexional entre victimario y víctima que logre sanar las fracturas sociales que deja la vulneración de los derechos humanos conculcados por el victimario.

La de identidad de la ciencia del Derecho Penal se resuelve, vuelve a señalar Carreño⁶, a través de un derecho penal restaurador, que por tanto posee una utilidad social dentro de las relaciones complexionales diferenciales sintéticas de las personas humanas que conlleven a devolverles la dignidad perdida como consecuencia de la *actio criminis iures*; así, el modelo a adoptar será el restaurador. Por último, la de legitimidad epistemológica, es decir, de validez científica a espaldas de la realidad social se concibe en la investigación como un constructo que se deconstruye a favor de una teoría del conocimiento científico que parte de una realidad humana en un unidad complexional diferencial ubicada en un campo de inverosimilitudes sociales –como realidades ambiguas de, muchas veces, irresolutos caminos fenomenológicos, de contradicciones existenciales- para llegar al seno del complejo social con el objetivo de curar las heridas que ha dejado el delito bajo la perspectiva de la Justicia Restaurativa que se centra en el daño, en que las ofensas generan obligaciones y promueve la participación de quienes se han visto mixtificadas por la conducta penal.

Como corolario de lo anterior, se deja sentado que, a partir de los aportes de la TGCD⁷ – como complementaria de la Teoría General de Sistemas y del Pensamiento Complejo-, dentro de la tesis doctoral anteriormente expuesta, del deconstructivismo complexional diferencial sintético y del Iusnaturalismo Social de Justicia Restaurativa, la conducta penal es el resultado comisivo ora omisivo de la capacidad personal para resolver un problema desde la posición de garante de los Derechos Humanos en la inter- acción comunicativa de la vida humana bajo la propedéutica de una Justicia Restaurativa. Igualmente, que el delito es la Acción Reprochable, Antijurídica y Punible.

En función de la Acción ora conducta penal la actual teoría prohija plenamente la posición de Zaffaroni (2006, p. 313) al señalar cómo:

siendo necesario un concepto jurídico-penal de acción o conducta, que se imponga a los tipos sirviendo para evitar o impedir que prohíban lo que no sea conducta, el apoyo

⁶ Carreño Gómez, Idem. Pág. 10.

⁷ Carreño Gómez, Idem, p. 27. Teoría General de las Compleciones Diferenciales Sintéticas.

de este concepto funcional reductor debe buscarse en la Constitución y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos cuyas normas, por ser de mayor jerarquía prohíben que el legislador ordinario sancione ciertas leyes. Para mayor claridad, en varios textos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se establece que pueden configurar delitos las acciones u omisiones (artículo 11, 2º párrafo de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 15, párrafo 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); artículo 9 de la Declaración Americana de Derechos Humanos); artículo 40, párrafo 2, apartado “a” de la Convención sobre los Derechos del Niño⁸

lo que permite delimitar pelágicamente el concepto de acción subyacente en los Derechos Humanos.

De igual manera, se expuso allí, que la Reprochabilidad⁹ es la violación de las competencias de la persona humana dentro del sistema social ya por culpa –como el conocimiento y aplicación errada de las competencias como garante de los Derechos Humanos-o por dolo – como la violación al principio de posición de garante de los Derechos Humanos Fundamentales bajo conocimiento de sus fines propios, y conciencia del deseo de vulnerarlos, o potencializando la realización imputable de la conducta victimizante-.

Ahora bien, como se observa el dolo en la Teoría Sintética de la Acción y su fundamentación en la Justicia Restaurativa posee 4 elementos significativos: 1) Violación al principio de posición de garante. 2) Esa posición está religada intrasistémicamente a los Derechos Humanos. 3) Un orden teleológico que implica conocer los fines propios para los cuales están establecidos los Derechos Humanos y la conciencia del deseo o voluntad de vulnerarlos. 4) Potencializar la realización imputable de la conducta victimante bajo los tres anteriores presupuestos.

⁸Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Editora AR S.A., Buenos Aires 2006, pág. 313.

⁹Ver Bernardo Carreño Gómez, *Movimiento Social de Justicia Restaurativa*, <https://plus.google.com/+MsjrOrg>.

Es evidente que esta concepción acerca del dolo no ha sido propuesta en ninguna de las escuelas a las cuales debemos hacer referencia para su posterior comprensión. Sin embargo, es necesario detenernos corticalmente en cada una de ellas para propiciar un acercamiento mucho más adecuado a la concepción de dolo que se presenta.

2-. Delimitación de ámbitos de competencia en el Derecho Penal moderno.

El actual Derecho Penal moderno, de orientación normativista, se caracteriza por abandonar los criterios con base en los cuales la dogmática naturalística del siglo XIX que predominó hasta la década de 1.980 fundamentó la teoría del delito en la causalidad, evitabilidad y dolo. Evolucionó como lo sostiene MONTEALEGRE LYNNET, a partir de la edificación de que:

El juicio de imputación se fundamenta en la delimitación de ámbitos de competencia: sólo se responde por las conductas o por los resultados que debo desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen de mi ámbito de responsabilidad y que se desprenden de los alcances de la posición de garante. Lo demás –salvo los deberes generales de solidaridad que sirven de sustento a la omisión de socorro- no le concierne al sujeto, no es de su incumbencia. Desde esta perspectiva, el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible (2013, p. 49)

2.1-. Breve repaso de las corrientes filosóficas en los diversos paradigmas penales.

Ya se observó que la comunidad entre el Derecho Penal y la filosofía es una situación factual, irresquebrajable, y axiomática¹⁰. El devenir del Derecho Penal no es ajeno al discurrir del pensamiento científico filosófico; de hecho: Hegel, Carrara, Liszt, Beling, el neokantismo, Mezger, Von Weber, Ferri, Welzel, Roxin y Jakobs, entre otros, han bebido de las fuentes de la filosofía.

¹⁰ Se discute la existencia de relaciones entre el derecho penal y la filosofía. Los penalistas que siguen la tendencia jurídica-penal niegan que tales relaciones puedan o deban existir por cuanto se aferran al concepto de que el derecho penal se limita a la ley escrita, ya que dentro de la materia es la única calidad positiva ; Ferri sostiene lo contrario y Carrara a pesar de que decía que no se ocupaba de discusiones filosóficas planteó su tesis del libre albedrío y de la responsabilidad moral sobre fundamento filosófico (Gómez, Eusebio, trato de derecho penal, doctrinas y principios fundamentales. Compañía de Editores, Buenos Aires. 1985 p. 277 p. 111).

Veamos en forma concisa y breve la influencia de la filosofía en los modelos penales, con el propósito de instrumentalizar y de comprender mejor su sentido.

2.1.1. Hegelianos (S. XIX).

Para ellos solo había delito si el autor actuaba en libertad, siguiendo un doble criterio subjetivismo/objetivo. En primer orden se preguntaban por el autor y, posteriormente, por el injusto. Realmente, no era un camino eficaz con el propósito de resolver los casos jurídico-penales.¹¹

2.1.2. Fundamentos político-filosóficas y principios de la Escuela carrariana.

Sin dubitación se dirá que Carrara (Carreño y Nubia, 2011)¹² es el máximo epígono de la Escuela clásica. Lógicamente, el paradigma clásico no debe confundirse con el pensamiento carrariano, este último es una de sus voces y la que suena con mayor potencia.

Ubiquémonos a finales del siglo XVIII:

época del triunfo del liberalismo del Derecho penal, triunfo que alcanzó esta corriente política de pensamiento después de larga y perseverante lucha contra instituciones, reglas, teorías y métodos que constituían expresiones de una concepción atrasada acerca del fundamento, los límites y los propósitos del Derecho y del Proceso Penal. Puede decirse así que el pensamiento de la escolástica en el campo penal fue fijado en fórmulas desprovistas de contenido espiritual, en áridos esquemas que habían perdido la vitalidad de otra época porque languidecía su espíritu animador original. Así se explica que el pensamiento cristiano que con Santo Tomás y otros, quienes supieron dar al derecho una base sólida y una clara justificación, no hayan tenido una influencia directa sobre las concepciones penales del siglo XIX, aún a pesar de que Carrara -el

¹¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Editora AR S.A, Buenos Aires, pág. 307.

¹² Carreño y Nubia, *Hacia una filosofía del Derecho Penal en Latinoamérica*, Editorial Gustavo Ibáñez, Santafé de Bogotá, pp. 26-34.

más grande penalista italiano- en su Programa parta de una
concepción teocéntrica del orden moral y jurídico [...]. (1965, p. 50)¹³

Pero apartándose de esa exposición Bettioliana según la cual la influencia Tomista no tuvo una incidencia directa sobre la concepción penal en el siglo XIX y en especial en Carrara, el profesor Nódier Agudelo Betancur, partiendo de la base de que es difícil escindir en Carrara la influencia de las corrientes del pensamiento que le llevaron a formular sus postulados, y que además haciendo la salvedad, de que el autor no prohija todas las tesis del pensamiento filosófico preponderante en ese momento, postula este argumento: “la influencia es indudable y directa pero no es total” (Agudelo N., 1988, p. 38)¹⁴. En el maestro de Pisa, confluyen los pensamientos Aristotélico-Tomista, demoliberalismo y racionalismo. Pero como es expuesto por el profesor Agudelo Betancur, la influencia de cada una de las corrientes del pensamiento planteadas es relativa, y en esto sí se concilian la postura Bettioliana y la del profesor colombiano.

“El Programa” carrariano donde se sintetiza su pensamiento, “no era una tabla de contenido o el índice de la obra que escribía; era una idea rectora o nuclear[...] tal idea sería la base para la solución de cuanta dificultad se presentara en la ciencia del derecho criminal. Tal idea o “Programa” puesto como axioma es del siguiente tenor: “el delito es un ente jurídico, porque su esencia debe consistir necesariamente en la violación de un derecho” (Agudelo N, 1992, pp. 7-8)¹⁵. Esa idea nuclear era el fruto de las exigencias científicas informadas desde las disciplinas filosóficas anteriormente expuestas, agregadas a un criterio valorativo de su experiencia vital y de su entorno.

Carrara alude a los conceptos Tomistas cuando en sus prolegómenos toca lo concerniente a la ley de orden y armonía universal, Ley eterna, Ley natural, finalidad, libre arbitrio (Agudelo

¹³ Bettiol, Giuseppe. *Derecho Penal Parte General*. Temis 1965. p. 50.

¹⁴ Agudelo, Nodier, *El pensamiento jurídico-Penal de FRANCESCO CARRARA*, Edición personal, Bogotá, Colombia. 1988. p. 31.

¹⁵ Agudelo Betancuur, Nodier, *Curso de Derecho Penal, escuelas del delito*, Editorial linotipia Bolívar. Bogotá. 1992. p. 7-8.

N., 1989, p. 32)¹⁶. Se aborda el significado de estas nociones: 1) Ley eterna es la razón del gobierno del universo, existente en el gobernante supremo -es la Divina sabiduría que dirige todos los movimientos y acciones del universo-. 2) Ley natural es la participación de la ley eterna en la creatura humana¹⁷ -consiste en principios bastante generales y abstractos-. 3) Ley humana es aquella ordenación de la razón para el bien común promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad (Bodenheimer E., 1942)¹⁸.

En materia de constitución del Estado y sociedad civil, Carrara se aparta de los modelos contractualistas preexistentes en su inmediatez histórica y prohíja los postulados Aristotélicos, al definir cómo la agrupación de innumerables pueblos pueden formar un Estado que llegaría a sostenerse por completo a sí mismo; sin embargo, se debe empoderar la noción de que esa conjugación de sociedades tiene un origen muy particular determinado por las necesidades insatisfechas que se articulan en la vida (Aristóteles, 2002).¹⁹ El Estado es un modo justo de convivencia. Aristóteles indicaba cómo el Estado es “una asociación y toda asociación no se forma sino en virtud de algún bien...el más importante de todos los bienes debe ser el objeto de la más importante de las asociaciones, de aquellas que encierran todas las demás, y a la cual se llama precisamente Estado y asociación política (Aristóteles, 2002)²⁰. Es el carácter axiológico, la fundamentación de la formación del Estado, llanamente contrario a un carácter contractualista rousseauiano o pensado por Locke. Las diferencias son bien marcadas; nótese, así, como es válido el planteamiento de Agudelo Betancur al

¹⁶ Agudelo Betancur, Nodier, El Pensamiento jurídico de Francesco Carrara. p. 32. <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/dpencrim11&div=22&id=&page=>

¹⁷ Ley naturalis nihil aliud est quam participatio legis divinae in rationali creatura: Ley natural no es otra cosa que la participación de la ley eterna en la creatura, racional. Ley natural son las proposiciones imperativas o preceptos universales de la razón práctica participadas de la ley eterna, acerca de las cosas o actos intrínsecamente buenos o malos, en biden al bien común de la bienaventuranza natural promulgadas o impresas naturalmente en la razón por Dios como legislados y suprema gobernante de la comunidad natural de los hombres (Santo Tomás de Aquino suma teológica biblioteca de autores cristianos, Tomo 6. Introducción a la cuestión 94. Madrid 1966. p. 112.).

¹⁸ Bodenheimer, Edgar, *Teoría del Derecho*. México. 1981. p. 145-147. México 1942.

¹⁹ Aristóteles. *La Política*. Colección austral Espasa-Calpe S.A. 13a. edición. Madrid. p. 23.

²⁰ Aristóteles, Op. cit., p. 21.

manifestar la imposibilidad de una formación estrictamente contractualista en el pensamiento carrariano.

En lo tocante al aspecto jurídico se puede encontrar en él un dualismo entre el normativismo (acepción positivista) y un iusnaturalismo, es decir:

que cree que existen dos órdenes normativos, uno, ideal, que tendría las notas de ser universal, constante y justo; y otro, el positivo, el expedido por el hombre, que debe reflejar la justicia del orden ideal, justicia que, como dice Alf Ross al caracterizar dicha corriente, no sólo es un parámetro de comparación del derecho positivo, sino de formación de éste como parte de su esencia (Agudelo N, 1992, p. 53)²¹.

Con relación al positivismo y la teoría jurídica, asumió varias formas que pueden ser clasificadas en dos grupos: positivismo analítico y positivismo sociológico. Común con ambas formas es la tendencia a eliminar de la teoría del derecho la especulación metafísica y filosófica, y a limitar el campo de la investigación científica al mundo empírico (Bodenheimer E., 1942)²². Esa tendencia positiva en Carrara no se halla marcada; realiza una simbiosis, sí, de ciertos elementos básicos de aquellos postulados. Es una adecuación metodológica, antes que ontológica, pues en esencia, a pesar de tener presente la ordenación legal humana (criterio positivista), le imprime los caracteres substanciales del iusnaturalismo, disciplinándolo en su teoría como ordenamiento genérico, a la especie positivista. Es decir, en el sistema Carrariano coexisten las dos tendencias, pero sólo una es su substrato: el iusnaturalismo.

En resumidas cuentas, se puede decir que la Influencia Aristotélico-Tomista se demuestra en lo siguiente: 1) El origen de la sociedad civil, al considerar como el Estado es el único *status* primogénico del hombre; además, en el que el “*in se*” de la sociedad reside en la necesidad de la fuerza del Derecho. 2) En sus nociones sobre Ley eterna, Ley Divina, Ley natural, Ley humana.

Ahora bien, la influencia demoliberal, se observa tanto en cuanto Carrara desea desvincular el Derecho Penal de la política y la religión, prohiendo una individualización de las ciencias.

²¹ Agudelo Betancur, Nodier. Op. cit., p. 53.

²² Bodenheimer, Edgar. *Teoría del Derecho*. p. 303-305.

Además, se observa cómo plantea la necesidad de un control de la función punitiva del Estado. Su influencia racionalista, desde Descartes a Kant, se ve cuando habla de una ordenación racional del mundo y de una aptitud racional del hombre para conocerlo; también al plantear la necesidad de una racionalidad del derecho criminal, “expresando de manera clara el modo de proceder more-geométrico” buscando la articulación de un sistema jurídico universal e intemporalmente válido (Zamora Ávila, p. 269) ²³.

En síntesis, en Carrara el delito es un ente jurídico y determina el daño como su esencia. Su esquema parte de que solo el pensamiento no delinque, se necesita de una fuerza física compuesta por un elemento subjetivo (acción corporal como fuerza externa) y uno objetivo (ofensa del derecho agraviado; daño inmediato). Igualmente, de una fuerza moral estructurada por un aspecto subjetivo (inteligencia, que puede ser atacada por causas físicas o fisiológicas como la edad, el sexo, el sueño, sordomudez, locura o por causas morales como el error y la ignorancia; la voluntad, que puede ser atacada por la coacción, legítima defensa, estado de necesidad, ímpetu de las pasiones, la embriaguez) y otro aspecto objetivo, constituido por la intimidación y mal ejemplo (daño mediato) (Agudelo N., 1998)²⁴

Carrara fundamentó la responsabilidad en el libre albedrío. Para la escuela clásica, el hombre es punible porque es responsable, y es responsable porque es libre. Distinguió,

“en el proceso de juzgamiento para la deducción de la responsabilidad penal, tres clases de juicios lógicos o de imputación, así: 1) El sujeto como causa material o física del hecho, lo denominó <<imputación física>>; 2) Ejecución del hecho como voluntad inteligente y libre, lo que llamó <<imputación moral>>; 3) Prohibición del hecho por la ley, lo que denominó <<imputación física>>, y la pena la entendió como un justo dolor por el injusto goce del delito, y su fin es el restablecimiento del orden jurídico turbado por el desorden del delito. Sus cualidades se estructuran así: debe ser legal, aflictiva, proporcionada tanto cuantitativa como cualitativamente, reparadora –

²³ Zamora Ávila, Marta Lucía. *Análisis del Libro EL PENSAMIENTO JURÍDICO PENAL DE FRANCESCO CARRARA del Profesor NODIER AGUDELO BETANCUR*, en Derecho Penal y Criminología, revista del Instituto de Ciencias Jurídicas Penales y Criminológicas. Universidad Externado de Colombia, No. 37. p. 269.

²⁴ Agudelo Betancur, Nódier, *Curso de Derecho Penal, Esquemas del Delito*, Ediciones Nuevo Foro, Santafé de Bogotá 1998, pág. 9.

que compromete una reparación del ofendido y a la sociedad-, divisible y retributiva”
(Rozo J., 1999, pp. 72-75)²⁵

2.1.3. Escuela Positivista

Esta escuela llamada inicialmente escuela de antropología criminal surgió en 1876 con la aparición del escrito lombrosiano sobre el “Hombre Delincuente”, y la obra de Garófalo: “De un criterio positivo de la penalidad” editada en 1880, después de que apareciera el escrito de Ferri “Teoría de la imputabilidad y la negación del libre albedrío” publicada en 1878²⁶ (Meza Velásquez, 1979, pp. 30-31).

Es el positivismo un fuerte movimiento contrario a las tendencias metafísicas de los siglos precedentes al XIX. Rechaza las especulaciones apriorísticas y metafísicas, y se confina en los datos de la experiencia. Se aleja de las alturas más elevadas del espíritu y trata de analizar los hechos inmediatos de la realidad.

Pero por otro lado la ciencia natural no se pudo detener en la reunión y observación de los hechos; se ocupó también de su conexión e interrelación infiriendo de los fenómenos ciertas leyes causales que ligan un fenómeno o grupo de hechos con otros. Este sistema lo adoptaron los positivistas y lo aplicaron a la esfera de las ciencias sociales.

Al hacerlo así daban por sentadas la absoluta supremacía de la ley de causalidad en el dominio de la conducta social humana. Rocco señala cómo los positivistas penales lo hicieron al afirmar que el Derecho es una norma de la conducta humana, de fenómenos humanos y sociales. No se puede tener un pleno conocimiento, dice, sin conocer tales fenómenos por lo menos en forma elemental. Por tanto, el estudio de la norma debe ir acompañado del conocimiento de los hombres y de los hechos sobre los cuales impera la norma. Es de esta manera, como se puede entender que la ciencia jurídica puede ir junto con la observación experimental (Rocco, 1986)²⁷.

²⁵ Rozo Rozo, Julio E., *Derecho Penal General*, Universidad Sergio Arboleda, Santa Fe de Bogotá D.C., 1.999, págs. 72-75.

²⁶ Meza Velásquez, Luis Eduardo. *Lecciones de Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia. 1979. p. 30-31.

²⁷ Rocco, *El problema y el método de la ciencia del Derecho Penal*. Editorial Temis. Bogotá. 1986. p. 38.

A Comte se le considera el padre del positivismo, (entre 1830 y 1842 publica “Curso de Filosofía Positiva”) y a Stuart Mill y Spencer sus epígonos. El núcleo de esta filosofía es la llamada de los tres estadios, que se traduce en una:

“periodización del proceso histórico, y en una nueva clasificación de las ciencias. El primer estadio en el devenir humano es el teológico, en cuyo transcurso el espíritu atribuye los fenómenos a la acción de agentes sobrenaturales. En el segundo estadio, o metafísico, se sustituyen las fantásticas explicaciones anteriores por conceptos abstractos que designan fuerzas actuantes cuya explicación última se desconoce. El tercer estadio o positivo viene caracterizado por la renuncia consciente a toda búsqueda de lo absoluto, por la investigación del cómo en lugar del por qué,”²⁸

y en esa búsqueda, se diserta acerca de que el Derecho es un fenómeno cultural y no de que “deba ser abordado con los criterios de la lógica formal sino como instrumento de regulación de la conducta humana en su existencia social” (Agudelo N., 1994, p. 7)²⁹, lo cual implica que el Derecho no se puede presentar como una ciencia con verdadera autonomía, pues está subsumida en ese gran bagaje cultural de la sociedad, y por tanto tiene que dársele un matiz eminentemente sociológico.

El método de observación utilizado por esta corriente para llegar a establecer los principios científicos es pro hijado por los positivistas de la ciencia penal para elaborar sus planteamientos y argumentaciones en relación con la norma como producto social. Aquí se produce un cambio radical: la ciencia del ser pierde su carácter de ciencia de “funciones, que, por lo mismo, dependía de la voluntad del investigador pues el que se dedica a la ciencia del ser describe hechos[...]” (Schild W., 1983, p. 17)³⁰; de esta manera Lombroso caracterizaría al hombre criminal nato, por sus aspectos físicos, fisiológicos y psicológicos. Más adelante, realizando un sincretismo, Ferri daría preponderancia a los factores antropológicos,

²⁸ Planeta, ob. cit., p. 211.

²⁹ Agudelo Betancur, Nodier. *Grandes corrientes del Derecho Penal (escuela Positivista)*, edición personal, p.7. 1994

³⁰ Schild, Wolfgang. *Las teorías puras del Derecho*. Editorial Temis. Bogotá. 1983. p. 17.

endógenos y exógenos (fenómenos sociales) como factores etiológicos del delito, desde esta perspectiva empirista³¹.

En síntesis, la Escuela Positivista del Derecho Penal (el neopositivismo discurre además sobre agregados lingüísticos y extralingüísticos, pero deja sin mácula las entidades psíquicas y comportamentales -Pattaro, 1980-³²): considera el Derecho como fenómeno cultural históricamente condicionado. Al delito, como un fenómeno antropológico determinado por causas endógenas y exógenas. La Responsabilidad la fundamenta en el hecho de vivir en sociedad y a la peligrosidad como medida de responsabilidad. La sanción, como tratamiento para la peligrosidad origina la teoría de la prevención especial de la pena, término que es alejado del lenguaje técnico penal por cuanto da idea de sufrimiento. Se disertaría de medidas de seguridad como especie de tratamiento. En cuanto al método se observa el inductivo o experimental, por la gran influencia de las ciencias naturales y biológicas.

2.1.4. Liszt-Beling (1890 y 1906)

El primero, de inspiración positivista sostenía que el ilícito (injusto) era la causación física del resultado socialmente dañoso, y la culpabilidad era la relación psíquica con el resultado. Siendo ello así, el delito se constituía como la conducta antijurídica, culpable y punible. Ya en Beling se enuncia la teoría del tipo objetivo como paso en la averiguación del injusto de Liszt. Deja de ser necesario llegar hasta el estudio de la punibilidad para preguntarse por la relevancia penal del acto. (Zaffaroni E., 2006, p. 307)³³

Es innegable que el punto de partida aparece en la evolución teórica del delito con la construcción de Franz Von Liszt, teniendo como presente, tal y como se expuso, una línea del pensamiento de corte positivista naturalista. Planteaba el delito distinguiendo lo objetivo de lo subjetivo; es decir, el delito vendría a constituirse como un acto injusto, culpable y

³¹ Ferri en su “*Sociología Criminal*”, entre otros casos presentó la teoría positiva de la responsabilidad penal y dentro de ella el postulado de la escuela clásica en su opinión desmentido por la fisiopsicología positiva, Ferri, Enrico, *Sociología Criminal*. Nueva Biblioteca Universal. Sección Jurídica. Tomo II. Madrid. p. 1-3.

³² Pattaro, Enrico. *Filosofía del derecho*. Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros; Madrid. 1980. p. 253.

³³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, ob. Cit. Pág. 307.

sancionado con pena, pero, ante todo, un acto humano tomado en un sentido naturalista a partir del movimiento corporal y modificación del mundo exterior, unidos por el vínculo de la causalidad. Por lo tanto, una actuación voluntaria que contraviene un mandato o prohibición del orden jurídico, lo que implica una lesión o peligro a un determinado bien jurídico a partir de un acto culpable, es decir, doloso o culposo de una persona responsable. De esa manera, el injusto es tomado como la parte externa y la culpabilidad como la parte subjetiva del delito. Sin embargo, extendió su visión indicando que el delito se plantea como una conducta que es conocida jurídicamente en dos direcciones: 1) En el elemento esencial de contrario a derecho se sostiene la reproducción sobre el acto; 2) El elemento de la culpabilidad se finca en el autor, lo que de suyo se constituye en la imputación subjetiva. En síntesis, su planteamiento integró una concepción bipartita del delito dentro del cual el injusto es lo objetivo (acción naturalista, resultado, causalidad) y la culpabilidad se confunde con los elementos subjetivos del acto injusto (dolo o culpa). (Gómez López, 2005)³⁴

Ahora bien, el juicio de culpabilidad es una relación psicológica, es decir, la integralidad de los elementos espirituales o psíquicos que tenían lugar en la mente del autor en el momento del acto. La culpabilidad se constituiría por la imputabilidad del autor, esto es, la facultad que tiene el agente de determinarse; la imputación del acto que se da cuando el victimario conocía la significación antisocial de su conducta, o cuando hubiese podido y debido conocerla. Es ontológicamente necesario precisar que en el pensamiento de Liszt la culpabilidad es completamente independiente del libre albedrío. (Gómez López, 2005)³⁵

Con posterioridad, en la época moderna el esquema es complementado por Von Beling -en 1906- quien agregó la tipicidad (Tatbestand o supuesto de hecho o el hecho descrito) a la estructura dogmática del delito que surge como principio garantista de legalidad penal, y en desarrollo de este principio político señala que el delito consta no de dos, sino de tres elementos estructurales: la Tipicidad, la Antijuridicidad y la Culpabilidad. El tipo en sí mismo era concebido independientemente de su valoración como acción injusta, por lo que

³⁴ Gómez López, Jesús Orlando, *Teoría del Delito*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, Bogotá D.C. 2003, pág. 85.

³⁵ Gómez López, Jesús Orlando, ob. Cit. Pág. 85

la subsunción de una conducta en el tipo no permite afirmar la antijuridicidad. Para él el tipo es totalmente objetivo y descriptivo de un modelo conductual, pero, luego, llegó a reconocer que el tipo también contiene elementos subjetivos. La Antijuridicidad y la Culpabilidad se seguirán entendiendo como la comprendió Liszt, es decir, la Antijuridicidad es la contradicción de la conducta con el derecho y la Culpabilidad subyace a las categorías subjetivas del hecho. (Gómez López, 2005)³⁶

2.1.5. Neokantismo.

La vertiente sudoccidental del neokantismo –que se desliga del naturalismo y fundamenta el derecho en valores supremos- reconstruyó el esquema Liszt-Beling que no lograba explicar la culpa inconsciente ni las exigencias subjetivas de la tipicidad. Radbruch (1904) enunció la idea de un concepto jurídico penal de acción. Frank (1907), expuso la teoría normativa de la culpabilidad (culpabilidad como reproche). Hegler (1911) y Mayer (1921) los elementos subjetivos del injusto. Mezger (1930) quien posee la teoría neokantina del delito más difundida sostuvo que el injusto se establece conforme a una norma de prohibición (objetiva) y la culpabilidad a una norma de determinación (subjetiva, sigue conteniendo el dolo y la culpa o sea el objeto del reproche junto al juicio de reproche). En Hellmuth Von Weber, se sostiene el tipo complejo (el dolo pertenece al tipo) y las causales de justificación eliminan la tipicidad (teoría de los elementos negativos del tipo); la acción que interesa es solamente la típica. (Gómez López, 2005)³⁷

2.1.6. Finalismo.

Welzel (1956, p. 39) dijo:

La finalidad o actividad finalista de la acción, se basa en que el hombre sobre la base de su conocimiento causal puede prever, en determinada escala, las consecuencias posibles de una actividad con miras al futuro, proponerse objetivos de diversa índole, y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos³⁸

³⁶ Idem, pág. 86.

³⁷ Zaffaroni, ob, cit. Pág. 307.

³⁸ Welzel, Hans. *Derecho Penal Parte general*. Roque de Palma Editor. Buenos Aires. 1956. p. 39.

Partiendo de lo que se ha denominado en la investigación como principio de integralidad complejional diferencial sintética, tácitamente Welzel va hacia Aristóteles y Hartman para sustentar la acción final desde una óptica psicológica; toma de Graf zu Dohna su lógica para argumentar acerca del objeto de valoración y lo valorado, y despierta de Kant la Crítica de la Razón Pura para desarrollar una epistemología para sustentar el argumento acerca de la posición de la voluntad en la acción³⁹.

Pero no sólo de Hartman se reviste para desarrollar su tesis de los elementos ontológicos del Derecho. No establecieron sus observadores que existía detrás la ontología de Hartman las obras filosóficas de la década de 1920 a 1930. El Neokantismo de Bruno Bauch en especial había señalado, antes que el autor citado, lo siguiente: “El principio supremo de todos los juicios sintéticos de Kant, de que las condiciones de la posibilidad de la experiencia son al mismo tiempo condiciones de la posibilidad de los objetos de la experiencia” (en Welzel, 1964, p. 13) hacen deducir de él que las categorías del conocimiento no son categorías gnoseológicas, sino de (modo primario) categorías ontológicas. Esta era la referencia welzeliana al término ontológico⁴⁰.

Además, de esa argumentación Lógica y Epistemológica de su teoría, la argumentación psicológica la expone singularmente en estos términos:

La doctrina de la acción no se ocupa en primer término de las acciones relevantes para el Derecho Penal, sino que desarrolla el principio estructural general de las acciones humanas, es decir, su dirección en función del fin anticipado mentalmente (junto a la selección de los medios y la consideración de los efectos concomitantes) y su realización en dirección al fin. En este sentido es completamente indiferente el fin de que se trate, o que este sea o no relevante para el Derecho (Welzel, 1978, p. 13)⁴¹.

³⁹ Sobre este esquema del delito y de una forma acequible, el profesor Nódier Agudelo Betancur presenta una síntesis en su libro *Curso de Derecho Penal, Esquemas del Delito*.

⁴⁰ Welzel, Hans. *El nuevo sistema del Derecho Penal*. Ediciones Ariel. Barcelona. 1964. p. 13.

⁴¹ Welzel, Hans. *La Doctrina de la acción finalista*, Hoy. Nuevo Foro Penal, Medellín. Octubre - Diciembre de 1978. p. 62.

En términos generales, Dohna preguntaba ¿Cómo si lo que se valoraba era la culpa y el dolo, constituyéndose así en el objeto de lo valorado y la culpabilidad es la valoración, ¿cómo es que entonces, pueden estar en un mismo nivel la valoración y su objeto? Es pues la argumentación lógica.

Sintetizando se afirma que la posición Welzeliana subyace en diversas manifestaciones del siguiente tenor: Aristóteles y Hartman examinan la estructura de la acción y observan cómo se fundamenta en el fin; el hombre en su actuar establece fines; a partir de esos fines elige los medios y una vez electos actúa. Se constituye así el discurso psicológico. La argumentación epistemológica la toma de Kant (en la primera parte de la crítica de la razón pura: ¿Son posibles los juicios sintéticos *a priori*? Dice que el sujeto del conocimiento no puede variar el objeto del conocimiento; las posibilidades de la experiencia son al mismo tiempo posibilidades del objeto de la experiencia, por lo tanto, el conocimiento también está determinado por el objeto. En términos penales, si la voluntad está en la acción, y si el sujeto no puede variar el objeto de conocimiento, la voluntad debe quedarse en la acción. (Agudelo N., 1998)⁴²

Con relación a las fases de la realización de la acción, donde se verá la influencia de Aristóteles y Hartmann, se concretarán en: 1) Fase interna de realización, comprendida por la anticipación mental del fin, la escogencia de los medios y la consideración de los efectos concomitantes; 2) Al realizar la persona humana la fase interna desata el proceso causal y lo pone en camino de acuerdo al plan establecido en función del fin deseado, con lo cual el resultado se convierte en el fin, a la par de los efectos concomitantes considerados. (Agudelo N., 1998)⁴³

En materia del tipo penal sostiene que el tipo tendrá un aspecto objetivo, y un aspecto subjetivo y, no a veces, como lo sostenía el postulado neoclásico, cuando definió al tipo como prevalentemente objetivo y que en algunas oportunidades contenía ingredientes subjetivos. Ahora bien, se hace necesario recordar cómo en los esquemas clásico y neoclásico, el dolo

⁴² Agudelo Betancur, Nodier, Curso de Derecho Penal, esquemas del delito, Ediciones Nuevo Foro, Bogotá 1998, pág. 66.

⁴³ Agudelo Betancur, Nódier, ob, cit. Pág. 66.

implicaba la conciencia de la antijuridicidad; sin embargo, en el finalismo, aunque esta conciencia es relevante, no lo es para el dolo dado que este es conocer y querer la realización del hecho típico. Por consiguiente, los finalistas hablan de un dolo neutro o dolo avalorado. La conciencia de la antijuridicidad hace parte del juicio de reproche que es en lo que consiste la culpabilidad. (Agudelo N., 1998) ⁴⁴

Se había indicado que según el planteamiento kantiano el sujeto del conocimiento no puede variar el objeto del conocimiento. Welzel aplicó esta exposición a la estructura del delito: 1) Un principio lógico donde la acción implica voluntad; esta es parte esencial de ella; 2) Un principio epistemológico que indica cómo el sujeto del conocimiento no puede variar el objeto del conocimiento; ergo, la voluntad ha de dejarse haciendo parte de ella; 3) Un principio lógico, el dolo como objeto valorado debe distinguirse de la valoración misma.

Al respetar estos tres principios se preguntó: ¿Cómo puede decirse que el dolo está en la culpabilidad bien sea como forma (esquema clásico) o como uno de sus elementos (esquema neoclásico o neokantiano)? Welzel sostendrá, entonces, que el dolo hace parte de la conducta y no de la culpabilidad; es decir, de la acción que viene a ser la voluntad de ella. En ese sentido se puede afirmar que en Welzel el dolo es parte de la acción bajo la concepción de que el dolo se constituye en voluntad jurídicamente relevante y no hace parte de la culpabilidad; que el dolo no entraña una conciencia de la antijuridicidad (tal y como lo establecían las escuelas clásicas y neoclásicas). Así, el dolo se desecha cuando se realiza la acción bajo la órbita de la existencia de un error invencible acerca de algunos elementos del tipo penal.

Entonces, se perfila la tipicidad como indiciaria de la categoría Antijuridicidad y el rechazo a la teoría de los elementos negativos del tipo, dentro del cual la Antijuridicidad se convierte en la existencia de un desvalor de acción; responde Welzel, es la “desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto de la acción referido al autor es injusto personal”. (Welzel citado por Agudelo N, 1998, pp. 79-86) ⁴⁵

⁴⁴ Ibidem, pág. 75.

⁴⁵ Welzel citado por Agudelo Betancur, Nódier, ibídem, págs. 79-86.

En función de la culpa la teoría finalista posee una nueva orientación: no sostiene la esencia del delito culposo en el daño, sino que señala cómo radica en la violación al deber de cuidado por parte del ciudadano que lesiona un interés jurídico (Agudelo N., 1998).⁴⁶

En atención a la Culpabilidad, mientras que el esquema neoclásico la concibió como un compuesto de imputabilidad, el dolo, la culpa o la preterintención, aunados al reproche que se hacía al procesado, dentro del finalismo se sostendrá que la Culpabilidad es puro juicio de reproche compuesto de los siguientes aspectos: la imputabilidad, la conciencia actual o potencial de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta. (Agudelo N., 1998) ⁴⁷

Sin embargo, el finalismo fue más allá de la misma concepción iusnaturalista y positivista de contenido naturalístico y observó en las estructuras lógico-objetivas una limitación al poder del legislador.

2.1.7-. El criterio político criminal de Roxín –funcionalismo moderado- (1966-1990).

Asume en buena parte el esquema de los eclécticos y es influenciado por el funcionalismo sociológico de Parsons. Perfecciona con la teoría del riesgo permitido, en lugar de la causalidad, lo necesario para resolver problemas de imputación objetiva en el tipo objetivo. En 1990 se separará más de los eclécticos al sostener que existe una acción previa al tipo y para ello enuncia la teoría sintomática de la conducta (Zaffaroni, 2006) ⁴⁸.

En la imputación al tipo objetivo se desplaza la relación causal del resultado por la realización de un riesgo no permitido dentro del fin de protección de la norma; la segunda posición doctrina del teleologismo roxiniano es el cambio de culpabilidad por la categoría de la responsabilidad penal, para Roxin la culpabilidad es condición necesaria pero no suficiente para el delito, a la culpabilidad debe agregarse siempre la necesidad preventiva de la sanción penal, sólo de la ocurrencia de estas dos condiciones puede originarse la responsabilidad penal. El concepto normativo de culpabilidad sienta

⁴⁶ Agudelo Betancur, Nódier, ob. Cit. Pag. 90-91.

⁴⁷ Ibidem, págs. 99-100.

⁴⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, pág. 308.

como punto de partida que la culpabilidad es una valoración de la realización del hecho, y no sólo de un puro estado psíquico... Así las cosas Roxin, modifica la categoría de la culpabilidad por responsabilidad; el delito sería una conducta típica, antijurídica y responsable. (Gómez López, 2005, pp. 103-104)⁴⁹

La teoría del dominio del hecho, como criterio determinante de la autoría, se constituye en una de las grandes aportaciones de Roxin a la dogmática penal que se entiende subyacente en consideraciones fácticas. En la actualidad se da que en la teoría del dominio del hecho como la planteó Roxin se debe buscar lo normativo para que sea armónica con el concepto presente en la teoría del delito de infracción de deber. (Montealegre, 2013)⁵⁰

2.1.8. Jakobs –funcionalismo radical- (1983).

Subyacente al funcionalismo sociológico de Luhmann, y combinado con elementos Hegelianos y Kelsenianos, normativiza todos los conceptos del delito negando bases ontológicas en todos ellos; extrema el constructivismo jurídico de los neokantianos; minimiza la función del bien jurídico; y resuelve los problemas de la imputación objetiva en el tipo objetivo conforme a la teoría de los roles que son los instrumentos teóricos para establecer los límites del juicio de imputación. Renueva la terminología teórica del delito y la culpabilidad pasa a ser la necesidad de prevención general positiva. (Zaffaroni, 2006)⁵¹

El sistema de conceptos bajo elaboración de Jakobs para explicar el Derecho Penal se fundamenta en los siguientes pilares: “1) La idea de sistema como fundamento explicativo.

⁴⁹ Gómez López, Jesús Orlando, ob. Cit. págs. 103-104.

⁵⁰ Montealegre Lynett, Eduardo, *Funcionalismo y normativismo penal, una introducción a la obra de Günter Jakobs*, cuadernos de conferencias y artículos No. 37, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Bogotá D.C. 2013, págs. 68-69.

⁵¹ Zaffaroni, ob. Cit. pag. 308.

2) El concepto de función como factor dinámico y legitimador. 3) El concepto de norma como estructura fundamental del sistema” (Grosso, 2006, p. 67)⁵²

Propone una teoría unitaria del tipo que conlleva, entre otras, las siguientes consecuencias:

1) Si se introduce una nueva concepción que exija la creación de un riesgo desaprobado y la realización del mismo como elementos del tipo, el dolo y la imprudencia deben abarcar estos elementos. 2) Como el riesgo permitido es un elemento común para el dolo y la imprudencia, y el esquema social de interpretación de un suceso es igual en ambas modalidades, la diferencia entre dolo e imprudencia no se encuentra en el tipo objetivo (como lo hizo el finalismo), sino en el plano subjetivo: el dolo es conocimiento del riesgo; la imprudencia, cognoscibilidad del mismo. Las diferencias no están en la imputación objetiva. 3) El autor y el partícipe intervienen en un hecho único, porque el destinatario de la imputación es el colectivo que lo realiza; el cómplice y el determinador no realizan un injusto autónomo, porque el delito efectuado les pertenece a todos en conjunto. La diferencia entre autoría y participación es cuantitativa y no cualitativa. 4) En la tentativa, el injusto del hecho sólo se diferencia de la consumación cuantitativamente –por el grado de desarrollo de la infracción de la norma- porque también exige los elementos de la imputación del delito consumado: la creación del riesgo jurídicamente desaprobado y la realización del riesgo” De todo ello se infiere que expone una teoría de la participación delictiva religada a la imputación objetivo y un concepto normativo de autor que “depende de los fundamentos de la responsabilidad penal... así el factor determinante para la delimitación entre autoría y participación

⁵² Grosso García, Manuel Salvador, *Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito*, segunda edición, Editorial Ibáñez, Bogotá D.C. 2006, pág. 67.

es el alcance que se le otorgue a las posiciones de garante. Los fundamentos de la autoría se infieren así de factores independientes del tipo, y preexistentes a él.” (Montealegre, 2013, p. 59-60)⁵³

El funcionalismo moderado y radical ha tenido grandes epígonos: Bern Schunemann y Schidhauser (Alemania); Santiago Mir Puig, Juan Bustos Ramírez, Manuel Cancio Meliá, Francisco Muñoz Conde (España); Alessandro Baratta (Italia). (Montealegre, 2013)⁵⁴

3-. Elementos del dolo y sus teorías.

Concusiva es que la primera forma que constituye la de la mayor parte de los delitos comprendidos en los tipos penales es la del dolo y, naturalmente, puede afirmarse que el dolo en derecho penal no es equivalente al *dolus malus* contractual de los romanos⁵⁵, que como se observa se fundó inicialmente en una tradición y contenido exclusivamente civil, penosamente adaptable a la ciencia jurídica penal (Cousiño, 1963)⁵⁶.

Sufre lentamente este concepto, una larga evolución pasando ya de esa acción civilista romana, a una etapa medieval donde representa uno de los extremos de la diferenciación ética entre el bien y el mal (Cousiño, 1963)⁵⁷. Poco a poco en la modernidad va estructurándose una noción que va encajando en lo penal y así surgen teorías que han logrado dar claridad sobre el sustrato relevante a esta ciencia.

La teoría de la voluntad, que es la primera en hacer su aparición, probablemente como fruto de la noción civilista del dolo, axializó su argumentación en el comportamiento volitivo e intencional. Esto ya se advierte en Feurbach (con sus conocidas definiciones de dolo y culpa), que conceptualizó como a través del *dolus* (dolo antijurídico) hay una determinación de la voluntad, con el propósito de realizar una lesión jurídica y con conciencia de la antijuridicidad del querer. Carrara, el más alto epígono de esta opinión define el dolo como

⁵³ Ibidem, pág. 61.

⁵⁴ blteoriaspenalesogspot.com.co, recuperado 25 de Febrero de 2017.

⁵⁵ La definición como est machinationem quondum alterius decipiendi causa, cum oliud simulatur et oliud aqitur: Maquinación destinada a engañar a otro cuando se simula una cosa y se hace otra. Digesto.

⁵⁶ COUSIÑO MAC IVER, Luis. Derecho Penal Chileno. Parte General. T.I. Editorial Jurídica de Chile. Ps. 175, 655. 1975

⁵⁷ COUSIÑO. Op. Cit. p. 655 y JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal T.V. Lozada: Buenos Aires. 1963.

“la voluntad más o menos perfecta de realizar un acto que se sabe contrario a la ley” (Reyes Echandía, 1982)⁵⁸. Como se advierte, caracterizase este contenido por fundamentar la génesis del dolo en la voluntad, no en la *cognition operaris*, pues de la primera es que fluye la acción calificada como dolo: el intelecto, se percata aquí como un elemento subsidiario o coadyuvante en la manifestación dolosa.

La teoría de la representación, achacada en su paternidad a Reinhart Frank, aunque él modestamente se excusó de ello y sostuvo que su precursor era Netteblad por su afirmación apotégmica que se resumía en que “cada querer encierra en sí un saber”, elabora a través de un extenso discurso científico prolongado por años, un concepto de dolo que se puede escribir así: Dolo es la representación (la conciencia) del resultado de la acción, unida al conocimiento de aquellas circunstancias que la hacen punible (Cousiño, 1963)⁵⁹. Su exponente más aguerrido Von Liszt afirma que el dolo puede definirse como la representación del resultado que acompaña a la manifestación de voluntad; de ello, se puede extractar que dicha noción comprende, por un lado, la representación del acto voluntario, así como de las circunstancias en que se va a ejecutar; la previsión del resultado y la representación de la causalidad del acto en los delitos de acción y la representación del no impedimento del resultado en los de omisión (Reyes Echandía, 1982)⁶⁰. Obsérvese la sobrevaloración del elemento cognitivo-intelectivo como fundamento de la noción de dolo que conllevó, ulteriormente, a formular la previsibilidad del acto para poner a funcionar los elementos afecto-volitivos, o, simplemente éstos últimos.

Ya no como una teoría, pues no la elabora, la doctrina finalista en materia de dolo lo descubre desde un contexto natural, despojado del conocimiento de la ilicitud del comportamiento o de la antijuridicidad de la conducta. Welzel lo definiría como el saber y querer la realización del tipo, y así dice:

Toda acción consciente es llevada por la decisión de acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere –el elemento intelectual- y la decisión de querer

⁵⁸ REYES ECHANDÍA, Alfonso. La Culpabilidad. Externado. 1982. P. 53.

⁵⁹ COUSIÑO. Op. Cit. p. 662.

⁶⁰ REYES, Op. Cit. p. 52.

realizarla –el elemento volitivo-. Ambos elementos juntos, como factores creadores de una acción real constituyen el dolo⁶¹. (Welzel, 1956, p. 73)

Puede afirmarse apodócticamente que es una posición de índole sincrético, donde no se desconocen los elementos de una razón constitutiva del dolo, pudiéramos decir que sin ser exagerados se comulga también con una posición ecléctica donde surge o se equivalen los elementos volitivos y cognoscitivos.

Como corolario de lo anterior, se puede afirmar que a través de las diferentes teorías, la conceptualización que se ha tenido del dolo se denota que ha existido una constante: su fundamentación ya en la volición o en el intelecto; en un saber (*cognition*) y un movimiento del intrasiquismo (voluntad). A partir de ello se construye la noción y se maneja el concepto con prevalencia de alguno de ellos, dando nominación a cada forma teórica.

El finalismo otorga una llana definición de dolo, saber y querer, la realización del tipo; se plantea que es solo una noción que se queda en el intropecto del sujeto sin que haya una exteriorización de su comportamiento. La teoría voluntarista y representativa se quedan también en este plano, como se observó en el análisis de cada una de las teorías. Ahora bien, es necesario para constitución del dolo su parte exterior, por cuanto estaríamos ubicados en la polémica messotemporal, es decir, en la edad medieval, donde no se destinaba una noción interna del mal en sentido ético, con una de carácter jurídico. Es decir, se plantea el problema del dolo desde la misma perspectiva interna sin desarrollar su inmediatez o no de transformación del mundo exterior y su correspondiente relevancia jurídico penal.

3.1. Elementos del dolo.

De las anteriores consideraciones se deducen dos clases de componentes; en primer orden aquellos que corresponden a la esfera cognoscitiva la cual se constituye como la representadora del fenómeno que se va a ejecutar y denominada comúnmente como elemento intelectual. Por otro lado, existe un componente que disciplina, orienta y mueve la ideación, denominada muchas veces elemento emocional, pero por sus caracteres es más indicado nominarlo como el volitivo, y seguido a ellos el valorativo.

⁶¹ WELZEL, Hans. Derecho Penal. Roque de Palma: Buenos Aires. 1956. P. 73.

Sin realizar grandes discernimientos se puede entender que en el elemento intelectual se operan los procesos de entendimiento, abstracción, concreción, etc.⁶² y que en éste existen no tres categorías propiamente dichas, sino aspectos elementales del dolo en ese contexto: en primer lugar, el conocimiento de los hechos que se refiere al saber lo que realmente ejecuta, ello significa que sus percepciones corresponden exactamente con la realidad fáctica. En este conocimiento debe referirse a los elementos material-objetivos o subjetivos del tipo, como la actividad descrita en el verbo rector. Las demás menciones descriptivas exigidas por cada tipo en especial para la definición del hecho delictivo; también, los elementos normativos del tipo que requieren para su aprehensión una más determinada valoración. Debe considerarse, también, los elementos subjetivos propios del tipo y en los casos de delitos calificados, el autor debe también tener consciencia de que la acción que ejecuta es de la considerada dentro del respectivo tipo para su cualificación (Cousiño, 1963)⁶³.

En segundo lugar, el sujeto debe tener conocimiento de la cadena causal. Claro, y es evidente por naturaleza, que muchas veces ella se rompe y se desvía, pero impera la intención final que en ella tenga el mismo a pesar de las variaciones psicológicas intencionales. Por último, no debe existir en la conciencia error de tipo.

Ya el elemento volitivo está constituido por la orientación de la voluntad teleológicamente encaminada a la concreción de la acción⁶⁴, sin que se confundan lógicamente compuestos de esta como el deseo, la intención, el querer (Jiménez de Asua, 1963)⁶⁵. La voluntad dirige la *actio vidente*, la compete, la empuja a su telos.

Valorar indica la comprensión de la significación del hecho, cuando se presenta una conciencia de la ejecución del hecho como delito, o ya de quebrantar un deber (Garraud,

⁶² El conocimiento de la significación jurídica derecho que se realiza no es problema del dolo, sino que es pertinente al juicio de culpabilidad.

⁶³ COUSIÑO, Op. Cit. p. 675 a 681.

⁶⁴ Unos la han denominado elemento emocional, afectivo, pero técnicamente debe denotársele como **volitivo** en virtud que las otras esferas no constituyen por sí solas el disciplinamiento o intensión de la acción hacia un fin.

⁶⁵ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Sin mayores profundizaciones diferencia a través de interpretaciones doctrinales no suyas, estos componentes, muchas veces, inarmónicamente llegando a equiparla con la voluntad. (Luis Jiménez de Asua. Tratado de Derecho Penal. T. V. Losada 1963. P. 475-501.

Vouin, Pacheco, Bettiol y Mezyez. Cita Teran Lomas, 1980)⁶⁶. El elemento valorativo del dolo se extrapola en la acción y la entrega libre de controles para su desarrollo ilícito.

3.2.- El dolo en la teoría psicológica.

Cuando en la historia del Derecho Penal Alemán define el siglo XIX, como época del concepto psicológico de culpabilidad, hace una declaración acertada en su contenido, pero no terminológicamente, puesto que este período basado en su pensamiento naturalista (confróntese con el de acción), desconocía el concepto material de culpabilidad o cuando se utilizaba no sabía qué hacer con él; aparece así la culpabilidad como dolo o culpa y por ende se constituirían como especie de la misma, distinguidas únicamente por la modalidad de relación entre autor y resultado típico.

Quienes sostenían este criterio continuaron creyendo que lo caracterizaba, *in esencie*, comúnmente y que permitía justificar el reconocimiento del dolo y culpa como especie de culpabilidad era una relación natural del autor con el resultado típico, en una relación precisamente psicológica, a saber: en la volición del evento en el dolo y en la no volición de la culpa (Reinart, 1994)⁶⁷. Se infiere, ostensiblemente arraigado, el elemento volitivo: en el primer evento, el agente quiere el resultado y, en el segundo no la quiere. Podría afirmarse que esta conceptualización corre paralela con una consideración volitiva del dolo, donde su explicación parte al comprender este elemento estructural de la personalidad, el cual prevalece sobre el intelecto-cognoscitivo o comprensivo.

Es conocido que la culpabilidad en esta teoría debe hallarse en la conciencia y la voluntad del acto realizado, o, en la realización psicológica que corre entre un hecho material y la persona que lo lleva a cabo, y que dentro de ella (la culpabilidad) el dolo es una forma no un elemento.

Exigen los psicólogos el dolo es un querer y una relación psíquica entre el sujeto y el hecho realizado por él. El dolo se convierte en un hecho psicológico, caracterizado por la voluntad e intención de su actor de llevar a cabo el resultado del crimen (Reyes, 1982)⁶⁸.

3.3.- El dolo en la teoría normativa.

⁶⁶ GARRAUD, VOUIN, PACHECO, BETTIOL y MEZYEZ. Cita TERAN LOMAS, Roberto A.M. Derecho Penal. Parte General. T.I. Astrea. 1980. P. 503-506.

⁶⁷ Ibid. P. 18. REINART. Op. Cit. Tratado de Derecho Penal. Ariel. P. 17. 1994

⁶⁸ REINHART, Maurach. Cita Reyes E. Alfonso. Op. Cit. p. 20.

Aparece aquí el concepto de capacidad de motivación normativa frente al dolo y la culpa, dentro de la cual se va a sincretizar el elemento volitivo y cognoscitivo, puesto que esa motivación se fundamentará en una representación previa hacia lo querido para que se pueda desarrollar. GOLDSMICHT quiso encontrar la esencia de la culpabilidad en la contravención al deber del querer y FREUDENTHAL en la exigibilidad (Welzel, 1955) de conducta diversa, lo que indica que se quiere una conciencia (gnosis-aprehension-intelectivo) o representación del deber que se va a contravenir para que se pueda (volición) conculcar. Lo mismo sucede con la exigibilidad; previamente estará una representación de la conducta apropiada a derecho que se deriva en paralelismo con otra contra *Ius*, de carácter normativo para entrar a desarrollarla (de acuerdo al mandato de la voluntad).

Ante la insuficiencia del solo vínculo psicológico entre el autor y el hecho para la formulación del juicio de culpabilidad aparece la necesidad de censurarle sus actos (concepto aristotélico), de aquello que es social y jurídicamente reprochable, cuando teniendo poder para cumplir con las exigencias del derecho y evitar así el hecho típico y antijurídico, no lo hizo (Gómez López, 2005)⁶⁹.

La culpabilidad de esa forma comprendida se constituye por contenidos heterogéneos: el dolo y culpa, además del reproche que se le hace al autor por su dolo o su culpa. Esto generó que los autores de esta teoría no se pudiesen poner de acuerdo de cómo funcionaban esos elementos dentro de la culpabilidad. Así, para FRANK podía existir dolo sin culpabilidad⁷⁰; para GOLDSMICHT, el dolo como dato psicológico se convierte en un presupuesto de la culpabilidad y MEZGER afirmaba que el dolo requería la conciencia de la antijuridicidad, es decir, que el dolo siempre era culpable. Esa heterogeneidad se demuestra por esas disposiciones: para Frank el dolo es capítulo de la culpabilidad; GOLDSMICHT lo considera un presupuesto y MEZGER un componente valorado (Zaffaroni, 2006)⁷¹.

3.4-. El dolo en la teoría finalista.

⁶⁹ GÓMEZ LÓPEZ, Orlando. La culpabilidad en el Derecho Penal Colombiano Colegio de Abogados Penalistas del Valle. P. 157.

⁷⁰ El planteo de Frank fue claro, ya que permitió el curso del análisis sobre el dolo, para él el dolo no estaba desvalorado, sino que era avalorado, lo que permitió 30 años después su reubicación dentro de la teoría del tipo, sin que la culpabilidad normativa

⁷¹ ZAFFARONI, Op. Cit. p. 546 a 547.

WELZEL al estructurar su teorización finalista de la acción diría que la finalidad o el carácter final de la acción se basa en el hombre gracias a su saber causal, puede prever dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, proponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad conforme a un plan, o a la consecución de estos fines (Gómez López, 2005)⁷². Se desarrollará un sincretismo más fuerte que el anterior planteamiento, dado que la acción está regida por una fase psíquica previa articulada por la representación del fin en la mente y la selección de medio en realización del fin; y, una posterior, determinada por la transformación del mundo exterior.

Dolo es, *in generi*, consciente y voluntaria realización de un injusto típico, es decir, de la parte objetiva de un tipo de prohibición. Hay por tanto en él un conocer y un querer de todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo del injusto a saber: la acción, u omisión, el resultado y el nexo causal, los sujetos y sus calificaciones, los accidentes típicos de la conducta como los medios, modos oportunidades; la antijuridicidad; igualmente, de la punibilidad en abstracto. Es pues el dolo representación y consentimiento de la objetividad del hecho (Fernández Carrasquilla, 1989)⁷³.

El dolo aquí es un fenómeno perteneciente no ya a la culpabilidad, sino al injusto; convirtiéndose en un “*dolus naturalis*”, no un “*dolus malus*”, que se evidencia avalorado puesto que ya no se hará necesario el conocimiento de la antijuridicidad, pues la conciencia de ella se planteó en sede de culpabilidad.

3.5-. El dolo en el funcionalismo de Roxin y Jakobs.

Es evidente que en Roxin el concepto de mayor riesgo determina el concepto de dolo. Roxin se adhiere a Kaufmann al prohijar como para determinar el dolo se debe tener consciencia necesariamente de la antijuridicidad no meramente formal, sino material, “que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias decisivas para la determinación de lo injusto” (ROXIN. 1979, p. 22)⁷⁴ Frente a lo anterior, es necesario precisar que para Roxin el dolo

⁷² WELZEL, Hans. Cita Orlando Gómez López. Op. Cit. p. 156 y REYES ECHANDÍA, Alfonso. Op. Cit. p. 28.

⁷³ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal Fundamental. Temis, 1989. P. 57.

⁷⁴ ROXIN, CLAUS, Teoría del Tipo Penal -Tipos abiertos y elementos del deber jurídico-. Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1979.

debe referirse a cada uno de los elementos del tipo, de tal modo que la exigencia a una persona de unos conocimientos especiales, es una exigencia externa que se hace a los elementos lo que conllevaría a una extensión de la punibilidad que debe evitarse a través de una teoría de la imputación objetiva (Velez Fernandez, 2000).⁷⁵ Jakobs, parte precisamente de la teoría del riesgo permitido para configurar una concepción de dolo de tal manera que se bastara para el dolo: “Así pues el riesgo comienza a ser relevante para la decisión, y basta para el dolo, cuando no está permitido según su magnitud, sino que además sobrepasa la medida que debe aceptarse aún en general como riesgo no permitido impuesto, sino quiere impedir determinados ámbitos vitales” (Jakobs Günter, 1995 p. 335)⁷⁶

3.6.- El dolo en la teoría Sintética de la Acción.

Cómo se definió exordialmente el dolo este se realiza como consecuencia de la violación al principio de posición de garante de los Derechos Humanos Fundamentales, bajo conocimiento de sus fines propios, y conciencia del deseo de vulnerarlos, o potencializando la realización imputable de la conducta victimizante.

Ahora bien, como se observa el dolo en la Teoría Sintética de la Acción y su fundamentación en la Justicia Restaurativa posee 4 elementos significativos: 1) Violación al principio de posición de garante en términos de intersubjetividad (Hegel), de la teoría de las vivencias (Husserl) y de la acción comunicativa (Habermas). 2) Esa posición está religada intrasistémicamente a los Derechos Humanos. 3) Un orden teleológico que implica conocer los fines propios para los cuales están establecidos los Derechos Humanos –que se da por cognición racional natural de la persona humana- y la conciencia del deseo o voluntad de vulnerarlos. 4) Potencializar la realización imputable de la conducta victimizante bajo los tres anteriores presupuestos.

3.6.1.- De la posición de garante.

⁷⁵ VELEZ FERNANDEZ, GIOVANNA. La imputación objetiva: fundamento y consecuencias dogmáticas a partir de las concepciones dogmáticas de Roxin y Jakobs. 2000 <https://www.unifr.ch>, pág. 5.

⁷⁶ JAKOBS, GÜNTER, Derecho Penal, parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Ediciones Jurídicas, Madrid, p. 335.

Montealegre (2013) ⁷⁷ expone como la génesis de la posición de garante, se suscita en la misma sociedad en la cual se encuentran dos fundamentos de responsabilidad: la competencia por organización y la competencia institucional.

En esa interrelación social, sigue señalando Montealegre (2013, p. 68):

se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor, etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de *deberes de seguridad en el tráfico*, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido.

Frente a ello, Jakobs, concibió unas medidas salvamento como <<deberes de salvamento>> los que actualmente las concibe “como mecanismos de *aseguramiento* del ámbito de organización, ahora defectuoso”.

Los anteriores deberes nacen, dice Montealegre en función de Jakobs:

Porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás (Montealegre, 2013, p. 68).

Sin embargo,

Frente la libertad de configuración hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestos al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, la relaciones entre padres e hijos, las relaciones estrechas de confianza y ciertas relaciones

⁷⁷ Montealegre Lynett, Eduardo, Funcionalismo y normativismo penal, una introducción a la obra de Günter Jakobs, cuadernos de conferencias y artículos No. 37, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Bogotá D.C. 2013, págs. 68-69.

del Estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, sin importar el riesgo que surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Por ejemplo, el padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor, y si no lo hace se le imputa el abuso. Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos, y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de *deberes positivos*, porque, contrario a los negativos, en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en estos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos (Montealegre, 2013, p. 68).

De lo anterior se generan unas implicaciones trascendentales en la estructura del delito, dado que, *contrario sensu* al finalismo, las diversas categorías jurídico-penales como la autoría y la participación, las formas de imputación objetiva, etc, no se determinan porque se trate de una conducta dolosa o culposa, de acción o de omisión. Ellas dependen, dentro del marco teórico Jakobsiano de la posición de garante, de que se ubique la conducta en el campo de la competencia institucional o en la competencia por organización, establece Montealegre (Montealegre, 2013).

Ergo, se puede concluir que dentro la Teoría Sintética de la Acción Penal y su fundamentación en la Justicia Restaurativa, la violación a la posición de garante implica la ubicación de la conducta dentro del campo de la competencia institucional, o, ya, en la competencia por organizaciones, delineadamente siguiendo el acervo cognitivo y epistémico de Jakobs.

Luego, así las cosas, se puede afirmar que el dolo subyace en el principio de solidaridad que generan deberes positivos para la protección de riesgos inherentes a la interacción de la persona humana dentro de la sociedad.

3.6.2.- Posición de garante y derechos humanos.

La solidaridad humana como principio fundante en materia de las constituciones postmodernas que han asumido los Derechos Humanos como claros indicadores que deben

ejercitarse en función del respeto por la dignidad de la persona humana y por la construcción de una sociedad más igualitaria y permeable a la protección de riesgos que se generan al interior de la misma nos permiten comprender que la posición de garante -ya ubicada en competencias institucionales o por organizaciones humanas- está en función, al interior del tejido social, de protección de los Derechos Humanos en cualquiera de sus dimensiones. Es así, como, entonces, el dolo implica la vulneración de esa función de garante de los Derechos Humanos.

Apodíctico es que los Derechos Humanos como establece Muller (2016)⁷⁸, se constituyen en garantías de protección constituidos de forma objetiva y que se religan con situaciones individuales o colectivas lo que constituye su ámbito material que queda definido a través de un marco normativo que se reconoce desde el aspecto constitucional y su desarrollo legal y, también, por programas normativos que ontológicamente son ius-fundamentales que se concretizan en el ámbito normativo práctico para establecerse como un elemento determinante para la decisión judicial.

Siendo ello así, se puede colegir que existen tres escenarios de determinación de derechos humanos: 1) El teleológico político que contrae a su praxis individual y colectiva. 2) El constitucional y legal. 3) El judicial. Si se observa, las posibilidades de una mala fundamentación de los derechos humanos tienen incidencia en estas complexiones diferenciales sintéticas lo que permite señalar si en cualquier de estas estancias fenomenológicas falla su fundamentación, las relaciones de intersubjetividad comunicacional se verán afectadas y, de contera, se sucederá una implosión de los contenidos históricos de las sociedades humanas.

El debate acerca de la fundamentación de los derechos humanos lleva consigo el plantearse el problema de la justicia y el bien común, como categorías axiológicas del derecho. Si existe

⁷⁸ Müller, Friedrich. La positividad de los derechos fundamentales: cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales. Madrid, ESPAÑA: Dykinson, 2016. ProQuest ebrary. Web. 29 May 2017, pág. 51.

una errónea concepción de lo justo no podría establecerse una recta fundamentación de tales derechos.

En ese sentido se podría establecer dos planteamientos post-contemporáneos que podrían dar alguna pauta para entender más allá del planteamiento de Ulpiano de dar a cada cual lo suyo, como potencialización de la justicia, una ponderada fundamentación de los DD.HH: el primero, John Rawls, expuesto por Mestre (2016)⁷⁹, expone cómo, a partir del velo de la ignorancia, cada persona debe tener derechos y libertades iguales en función de los otros; igualmente, que dentro del esquema de desigualdades económicas y sociales los menos aventajados deben recibir mayores beneficios dentro de una igualdad de oportunidades. El segundo, Habermas, epígono del planteamiento kantiano y del principio deontológico expone cómo la norma moral (como son los Derechos Humanos) deberán ser aceptados si se establece para una sociedad de diálogo, lo que permite traspasar las fronteras de lo individual para llegar a la dimensión colectiva y generar una universalización de la norma que es el corolario del discurso, en el que todos los que participan en el diálogo deban poseer iguales derechos y la misma posibilidad de defender su planteamiento a partir de la no coacción para llegar, finalmente, al acuerdo.

Al aceptar como válidos los anteriores planteamientos, se deberá inferir corticalmente que el trípode sobre el cual están soportados los derechos humanos (político, desde su visión individual y colectiva; constitucional y legal; judicial), se derrumbará si existe una fundamentación donde haya igualdad de derechos y libertades para equilibrar a los menos aventajados y no se procure el diálogo social que llegue a la posibilidad de un acuerdo en la protección de derechos y garantías fundamentales para el buen desarrollo de la sociedad.

Así las cosas, se podrá colegir que el dolo dentro de la Teoría Sintética de la Acción Penal es la vulneración de la posición de garante de los Derechos Humanos que implica unos ámbitos ya vistos pero que se imbrican en la axiología jurídica, en los principios de derechos y

⁷⁹ Mestre Chust, José Vicente. Los derechos humanos. Barcelona, ESPAÑA: Editorial UOC, 2016. ProQuest ebrary. Web. 29 May 2017, pág. 42.

libertades para equilibrar a los menos aventajados y la no repercusión en el diálogo discursivo de las personas humanas. Hacia allá, también, se extrapola la concepción del dolo dentro del ámbito teórico estudiado.

3.6.3-. Un orden teleológico que implica conocer los fines propios para los cuales están establecidos los Derechos Humanos y la conciencia del deseo o voluntad de vulnerarlos.

Finalísticamente, el vulnerar la posición de garante de los Derechos Humanos implica conocer la finalidad de su creación que no es otra que la protección de la persona humana que, desde su dignidad, interpela su conciencia -como el darme cuenta de- que si la afecto se me impondrá una pena que restaure la mixtificación del acervo de Derechos Humanos degradados.

Pero ¿Qué es la conciencia? Es nuestra comprensión subjetiva tanto del ambiente que nos rodea como de nuestro mundo interno, no susceptible de ser observado por los demás (Feldman R., 1995).⁸⁰ Es más, se puede indicar que existen diversos estados de conciencia.

El estado de conciencia es una función neuropsicológica global que abarca al conjunto del comportamiento y las vivencias del individuo, la claridad de sus percepciones, su actividad, atención, capacidad de respuesta y coherencia de su conversación y, en general, la organización de su voluntad, acción y pensamiento. (Serpa Flórez, 1994, p. 35)

⁸¹ Bergson (1994, p. 27) dirá que:

el pensamiento está orientado a la acción; y cuando no aboca a una acción real, esboza una o varias situaciones virtuales, simplemente posibles. Estas acciones reales o virtuales, que son la proyección disminuida y simplificada del pensamiento en el espacio y que señalan sus articulaciones motrices, son lo que está diseñado en la sustancia cerebral⁸²

⁸⁰ FELDMAN, Robert S. Psicología con aplicación a los países de habla hispana, 3ª edición, Editorial Mc Graw Hill, México (1.995), pág. 126.

⁸¹ SERPA FLÓREZ, Roberto, Psiquiatría Médica Y Jurídica, Editorial Temis, Santa Fe De Bogotá D.C., (1.994), pág. 35.

⁸² Bergson, Henri, *Memoria y Vida*, Grandes Obras del Pensamiento, Editorial Altaya, Barcelona, Barcelona 1994, pág. 27.

pero en función de la conciencia, desde una lógica filosófica entrega una posición muy clara, amplia y más profunda que la aportada por la psicología “porque la conciencia corresponde exactamente a la capacidad de elección de que el ser vivo dispone; es coextensiva a la franja de acción posible que rodea la acción real: conciencia es sinónimo de invención y libertad” (Bergson, 1994, p. 122)⁸³ conceptos que no son analizados desde una perspectiva psicológica y que son piedra axial dentro del fenómeno de la acción humana, específicamente dentro de la penal. Se podría afirmar con Max Scheller: el hombre conciencia. Se puede afirmar que la consciencia crea la realidad desde la inventiva libertaria del hombre consciencia. Es así como desde la teoría sub examine, la consciencia de conocer los fines propios para los cuales se establecieron los Derechos Humanos y su deseo o voluntad de vulnerarlos implica invención en libertad de la acción o conducta penal desde el comportamiento y las vivencias del individuo, la claridad de sus percepciones, su actividad, atención, capacidad de respuesta y coherencia de su conversación y, en general, la organización de su voluntad, acción y pensamiento en función de la posición de garante de los Derechos Humanos.

4-. Conclusiones.

Bajo los anteriores patrones dogmático jurídico-penales se tendrá como resultado el establecimiento de una dogmática jurídico-penal del victimario y de la víctima, bajo síntesis de las categorías dogmáticas existentes, que les permita su dignificación desde el establecimiento de la Justicia Restaurativa, y subyacente a partir de la Deconstrucción Complexional Diferencial Sintética y su religación con la fenomenología, la acción comunicativa, la ética del cuidado y la responsabilidad. Para ello se realiza un acercamiento a sus líneas metodológicas y una aplicación de las variables ya existentes que llevará a la conclusión de que el delito, dentro de la Teoría Sintética de la Acción Penal y su fundamentación en la Justicia Restaurativa -expuesta por Carreño (S.F)⁸⁴ es la Acción culpablemente Reprochable, Antijurídica y Punible por la errada solución a un problema

⁸³ Bergson, Henri, Ob. Cit. Pág. 122.

⁸⁴ Carreño Gómez, Bernardo. Idem, pág. 57.

existencial descrito en el tipo penal, que se estabiliza como elemento de la antijuridicidad formal a través de los cualificadores diferenciales sintéticos expuestos en la norma.

Una vez poseyendo el subyacente epistémico jurídico-penal de la acción, se debe recordar cómo el Derecho Penal presentaba una crisis que se podría resumir en el apotegma: un Derecho Penal a espaldas a la realidad social. Eso implica la construcción de categorías que no permitían la interrelación entre sociedad, individuo y Derechos Humanos como presupuesto de toda comunidad civilizada.

Así las cosas, al establecerse un debate en torno a la concepción de delito, y en lo atinente en este escrito al dolo, como expresión de la acción penal, se establece una íntima relación entre la posición de garante de los Derechos Humanos que posee cada persona dentro de la sociedad bajo el ámbito de sus competencias y la restauración de la conculcación de esos mismos Derechos Humanos bajo la invención en libertad de la acción penal.

Ello, también, genera ya una clara determinación de lo que debe ser restaurado por el comportamiento doloso: el acervo multidimensional de los Derechos Humanos. Ergo, la posibilidad de una acción comunicativa entre víctima y victimario deberá ser mucho más productiva, dado que se genera una plena confianza de entendimiento acerca de lo que debe restaurarse.

Como corolario de lo anterior, se puede afirmar que la concepción del dolo que contiene la Teoría Sintética de la Acción Penal y su fundamentación en la Justicia Restaurativa posee una doble connotación epistémica: la primera, dirigida a un Derecho Penal más humano y dignificante que no se extrapole a realizar meramente estructuras cognitivas y metacognitivas que articulan matrices cognitivas dentro del acervo de la teoría penal que es difícil de comprender al común del ciudadano. La segunda, la connotación que posee en relación a la posición de garante de Derechos Humanos se supedita a la solidaridad y responsabilidad social muy en concreto, dado que permite una comprensión más real y actual de los bienes jurídicos conculcados por una acción dolosa.

REFERENCIAS

Agudelo Betancur, Nódier, Curso de Derecho Penal, esquemas del delito, Ediciones Nuevo Foro, Bogotá 1998.

Agudelo Betancuur, Nódier, Curso de Derecho Penal, escuelas del delito. Editorial Linotipia Bolívar. Bogotá. 1992.

Agudelo, Nódier, El pensamiento jurídico-Penal de Francesco Carrara, Edición personal, Bogotá, Colombia. 1988. p. 31.

Aristóteles. La Política. Colección austral espasa-calpe S.A. 13a. edición. Madrid. 1988.

Bergson, Henri, *Memoria y Vida*, Grandes Obras del Pensamiento, Editorial Altaya, Barcelona, Barcelona 1994, pág. 27.

Bettiol, Giuseppe. Derecho Penal Parte General. Temis 1965. p. 50.

blteoriaspenalesogspot.com.co, recuperado 25 de Febrero de 2017.

Bodenheimer, Edgar, Teoría del Derecho. México. 1981.

Cárdenas, Parmenio. El Positivismo Jurídico en nuestro Código Penal, en Derecho Penal y Criminología. Externado de Colombia. Bogotá. 1978.

Carreño Gómez, Bernardo y Sierra Pana, Nubia Leonor. Hacia una filosofía del Derecho Penal en Latinoamérica, Editorial Gustavo Ibáñez, Santafé de Bogotá, 2000.

Carreño Gómez, Bernardo. Movimiento Social de Justicia Restaurativa, <https://plus.google.com/+MsjrOrg>.

Carreño Gómez, Bernardo. Teoría Sintética de la Acción Penal y su fundamentación en la Justicia Restaurativa. Tesis para optar por el título de PhD. en Derecho Internacional, Universidad Central de Nicaragua, p. 5.

Cousiño, Mac Iver, Luis. Derecho Penal Chileno. Parte General. T.I. Editorial Jurídica de Chile. 1988.

Feldman, Robert S. Psicología con aplicación a los países de habla hispana, 3ª edición, Editorial Mc Graw Hill, México (1.995), pág. 126.

Fernández Carrasquilla, Juan. Derecho Penal Fundamental. Temis, 1989.

Ferri, Enrico, Sociología Criminal. Nueva Biblioteca Universal. Sección Jurídica. Tomo II. Madrid. 1980.

Gómez López, Jesús Orlando, Teoría del Delito, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, Bogotá D.C. 2003, pags. 85.

Gómez López, Orlando. La culpabilidad en el Derecho Penal Colombiano Colegio de Abogados Penalistas del Valle. P. 157.

Gómez, Eusebio, trato de derecho penal, doctrinas y principios fundamentales. Compañía de Editores, Buenos Aires. 1985 p. 277 p. 111).

Grosso García, Manuel Salvador, Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito, segunda edición, Editorial Ibáñez, Bogotá D.C. 2006.

Jakobs, Günter, Derecho Penal, parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Ediciones Jurídicas, Madrid, 1988.

Jiménez de Asua, Luis. Tratado de Derecho Penal T.V. Lozada: Buenos Aires. 1963.

Larenz, Karl Larenz, Metodología de la ciencia del Derecho, Editorial Ariel, 1982.

López Martín, Ana Gemma, Primera Sentencia de la Corte Penal Internacional sobre Reparación a las Víctimas, caso the prosecutor Thomas Lubanga DYilo, 7 de Agosto de 2012, Revista Española de Derecho Internacional, Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid 2013.

Mardones, J. M., Filosofía de las ciencias humanas y sociales, materiales para una fundamentación científica, Editorial Antropos, Madrid, 1991.

Mestre Chust, José Vicente. Los derechos humanos. Barcelona, ESPAÑA: Editorial UOC, 2016. ProQuest ebrary. Web. 29 May 2017, pág. 42.

Meza Velásquez, Luis Eduardo. Lecciones de Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia. 1979.

Montealegre Lynett, Eduardo, Funcionalismo y normativismo penal, una introducción a la obra de Günter Jakobs, cuadernos de conferencias y artículos No. 37, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Bogotá D.C. 2013, págs. 68-69.

Montealegre Lynett, Eduardo, Funcionalismo y normativismo penal, una introducción a la obra de Günter Jakobs, cuadernos de conferencias y artículos No. 37, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Bogotá D.C. 2013.

Müller, Friedrich. La positividad de los derechos fundamentales: cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales. Madrid, ESPAÑA: Dykinson, 2016. ProQuest ebrary. Web. 29 May 2017, pág. 51.

Pattaro, Enrico. Filosofía del derecho. Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros; Madrid. 1980.

Reyes Echandía, Alfonso. La Culpabilidad. Universidad Externado de Colombia. 1982.

Rocco, El problema y el método de la ciencia del Derecho Penal. Editorial Temis. Bogotá. 1986.

Roxin, Claus, Teoría del Tipo Penal -Tipos abiertos y elementos del deber jurídico-. Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1979.

Rozo Rozo, Julio E., Derecho Penal General, Universidad Sergio Arboleda, Santa Fe de Bogotá D.C., 1.999.

Santo Tomás de Aquino suma teológica biblioteca de autores cristianos, Tomo 6.
Introducción a la cuestión 94. Madrid 1966.

Schild, Wolfgang. Las teorías puras del Derecho. Editorial Temis. Bogotá. 1983.

Serpa Flórez, Roberto, Psiquiatría Médica Y Jurídica, Editorial Temis, Santa Fe De
Bogotá D.C., 1.994.

Silva Sánchez, Jesús María, Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, J.M.
Bosch Editor, Barcelona 2002.

Terán Lomas, Roberto A.M. Derecho Penal. Parte General. T.I. Astrea. 1980.

Vélez Fernández, Giovanna. La imputación objetiva: fundamento y consecuencias
dogmáticas a partir de las concepciones dogmáticas de Roxin y Jakobs.
<https://www.unifr.ch>,

Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán. Editorial Jurídica de Chile. 1955.

Welzel, Hans. Derecho Penal Parte general. Roque de Palma Editor. Buenos Aires.
1956.

Welzel, Hans. Derecho Penal. Roque de Palma: Buenos Aires. 1956.

Welzel, Hans. El nuevo sistema del Derecho Penal. Ediciones Ariel. Barcelona.
1964.

Welzel, Hans. La Doctrina de la acción finalista, hoy. Nuevo Foro Penal, Medellín.
Octubre-Diciembre de 1978.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, Editora AR S.A.,
Buenos Aires 2006.

Zamora Ávila, Marta Lucía. Análisis del Libro El pensamiento jurídico penal de
Francesco Carrara, Nódier Agudelo Betancur, en Derecho Penal y Criminología, revista del
Instituto de Ciencias Jurídicas Penales y Criminológicas. Universidad Externado de
Colombia, No. 37. 1992.