

DERECHO PENAL

La teoría del delito a propósito de Carlos Lozano y Lozano

Sobre el comienzo de la tentativa en la autoría mediata

Criminalidad organizada y reparación. ¿Puede la reparación ser un arma político-criminal efectiva en la lucha contra la criminalidad organizada?

El sistema de determinación de la sanción penal en el C. P.

La defraudación de fluidos en la legislación penal colombiana

Premisas metodológicas y axiológicas para la elaboración del concepto material de autor en el Código Penal colombiano

El delito de pánico económico en el nuevo Código Penal

La importancia de la conceptualización de la evidencia física en el sistema penal acusatorio

LA TEORÍA DEL DELITO A PROPÓSITO DE CARLOS LOZANO Y LOZANO

*Yesid Reyes Alvarado**

El temor a lo desconocido es connatural al hombre, al punto que de él no pudo escapar ni siquiera el propio JESUCRISTO durante su efímero paso por la tierra, tal como lo ilustra KAZANTZAKIS al describir la angustia del crucificado frente a su inminente fallecimiento, mientras sucumbía a su última tentación imaginando lo que hubiera podido ser su vida de no haber sido el Hijo de Dios.

La incertidumbre que genera lo desconocido no es algo que surja en el ser humano solo ante la cercanía de la muerte, con la angustia de abandonar un mundo que hemos aprendido a conocer y dentro del cual nos hemos habituado a convivir con mayor o menor fluidez, para internarnos en una dimensión desconocida de la cual todo ignoramos; el mismo temor suele aparecer en el ámbito científico ante el surgimiento de concepciones teóricas que implican la reformulación de un determinado saber desde sus estructuras, pues genera en el hombre de ciencia la angustia de abandonar un mundo que ha aprendido a conocer y dentro del cual está habituado a desenvolverse con mayor o menor fluidez, para internarse en una dimensión para él desconocida, en la cual probablemente deba replantearse total o parcialmente los puntos de partida de su saber científico.

Sobre el supuesto de que el conocimiento científico se encuentra en permanente evolución, el surgimiento de nuevas concepciones debería servir para estimular su análisis en busca de la perfección del saber. Una tal actitud supone, desde luego, que el hombre de ciencia esté dispuesto a abordar de manera concienzuda el estudio de cada

* Director del área de derecho penal de la Universidad Santo Tomás de Bogotá.

nueva teoría, para de esa manera poder adoptar una posición frente a ella, valorando los aportes que eventualmente surjan de allí para el saber científico.

En el ámbito del derecho penal no debería ocurrir nada diverso, en el entendido de que se trata de una materia que forma parte del amplio espectro científico. Pero esa valoración que el estudioso del derecho penal debe hacer frente a la eventual formulación de nuevas concepciones sobre la teoría del delito, no puede efectuarse ni a partir del análisis mediato de las fuentes doctrinales, ni sobre algunas de las consecuencias que aisladamente puedan desprenderse de una tal propuesta.

La formulación de una teoría del delito supone la toma de postura frente a aspectos de trascendental importancia como, por ejemplo, el concepto de acción, la función que corresponde al bien jurídico o el concepto de culpabilidad. A partir de una estructura básica sobre la teoría del delito, es factible abordar la solución de problemas específicos, frente a los cuales suele variar el rendimiento de cada concepción teórica, en forma tal que bien puede ocurrir (como sucedió con el finalismo en sus albores) que se trate de una concepción con gran capacidad de rendimiento frente a los delitos dolosos, pero con serios problemas estructurales en lo atinente al manejo del delito imprudente.

Si bien es factible que una nueva concepción del delito resulte especialmente útil para la adecuada solución de problemas puntuales, lo usual es que esa capacidad de rendimiento esté íntimamente vinculada a la solidez de su base estructural; por eso el adecuado estudio de una determinada teoría del delito no debe hacerse de manera insular frente a las soluciones que pueda brindar a problemas aislados, sino desde la perspectiva del sistema¹. Solo así se podrá determinar con rigor científico, cuáles son los aportes de una determinada teoría del delito a la evolución del saber penal²; pero eso supone, desde luego, no limitarnos al conocimiento indirecto de la teoría (especialmente en un mundo tan globalizado como el actual), sino procurar el acceso a aquellas fuentes bibliográficas que nos suministren una información completa sobre la estructura que soporta la teoría de cuyo análisis queramos ocuparnos³.

-
1. Por un análisis de los fenómenos jurídico-penales desde la óptica del sistema aboga en nuestro medio ARBOLEDA RIPOLL; cfr. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL. "Política criminal y Nuevo Código Penal", en *Estudios sobre los nuevos códigos penales*, Bogotá, publicaciones de la Universidad de Salamanca y la Corte Suprema de Justicia, 2001, pp. 9 y ss.
 2. Desde esta perspectiva enfocó CARLOS GALVEZ ARGOTE un interesante estudio de los aportes que el derecho penal colombiano recibió de la obra de JOSÉ VICENTE CONCHA; cfr. CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE, "Don José Vicente Concha y el primer centenario de la dogmática penal colombiana", *Revista de la Corte Suprema de Justicia*, año 1, n.º 1, julio-septiembre de 1997, pp. 22 y ss.
 3. En la misma labor de analizar las teorías del delito desde sus fundamentos se ha empeñado NODIER AGUDELO en varias de sus obras; así, por ejemplo, NODIER AGUDELO BETANCUR. *El pensamiento jurídico-penal de Francesco Carrara*, Bogotá, Temis, 1988; ID. *Curso de derecho penal-esquemas del delito*, Bogotá, 1992; ID. *Grandes corrientes del derecho penal (escuela positivista)*, Bogotá, 1991.

Cuando debido a una defectuosa información no se comprende de manera adecuada una determinada concepción de la teoría del delito, no solo se incurre en el error de juzgarla por su simple capacidad de rendimiento frente a coyunturales supuestos de hecho, sino que además se corre el riesgo de desfigurar la concepción que se pretende analizar. Fue lo que ocurrió en la segunda mitad del siglo XX cuando se hizo evidente la tendencia a calificar como finalista cualquier planteamiento que no supusiera la estricta aplicación de los postulados propios de la concepción causalista de la teoría del delito, como en su momento ocurrió en Colombia con la importante obra del profesor FERNÁNDEZ CARRASQUILLA⁴.

También la inadecuada comprensión de un sistema puede llevar a desdibujar sus verdaderos contornos, como de manera reciente ha ocurrido en Colombia por parte de quienes consideran que el Código Penal de 2000 introdujo una concepción “funcionalista” de la teoría del delito, en cuanto consagró en su artículo 9.º que “la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”⁵, o en cuanto su artículo 25 hace expresa referencia a las “posiciones de garantía” como fundamento de la responsabilidad penal en los delitos de omisión.

De hecho, el apelativo de “funcionalista” con el que se conoce una reciente concepción de la teoría del delito es en extremo equívoco (baste con pensar que autores tan disímiles como CLAUS ROXIN y GÜNTHER JAKOBS pueden ser englobados dentro de dicho epígrafe)⁶, y no hace sino poner en evidencia que los nombres de las escuelas penales suelen ser asignados por los críticos de las mismas; así, por ejemplo, no puede olvidarse que la denominación de “escuela clásica” tomó fuerza a partir de un discurso que sobre “los nuevos horizontes del derecho y procedimiento penal” pronunció el profesor ENRICO FERRI en la Universidad de Bolonia en el año de 1880, en su lección inaugural como catedrático en reemplazo de PIETRO ELLERO. En su discurso señaló el profesor FERRI que la construcción dogmática diseñada por ROMAGNOSI, FILANGIERI, PAGANO, PELEGRINO ROSSI, CARMIGNANI, CARRARA, ELLERO y PESSINA, “fue verdaderamente un edificio de clásica maestría y belleza”⁷.

-
4. Cfr. por ejemplo, NODIER AGUDELO BETANCUR. “Diversos contenidos de la estructura del delito”, en *Nuevo Foro Penal*, año 1, n.º 1 octubre-diciembre de 1978, p. 19.
 5. Cfr. GALVEZ ARGOTE. “Acción e Imputación en el nuevo Código Penal colombiano”, en *Estudios sobre los nuevos códigos penales*, Bogotá, publicaciones de la Universidad de Salamanca y la Corte Suprema de Justicia, 2001, pp. 96 y ss.
 6. Resulta preferible, por consiguiente, que concepciones como la de JAKOBS sean distinguidas con el nombre de teoría “valorativa” o “normativa” del delito, por oposición a las concepciones ontológicas o naturalistas del mismo; cfr. YESID REYES ALVARADO. *La imputación objetiva*, Bogotá, Temis, 1994, p. 65. Sobre las razones por las cuales se debe modificar la denominación de “funcionalismo” por la de “normativismo”, puede consultarse la opinión de MANUEL GROSSO GARCÍA. “Funcionalismo o normativismo en la nueva teoría del delito”, en *Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001, pp. 67 y ss.
 7. FERRI ENRIQUE. *Principios de derecho criminal*, Madrid, Reus, 1933, 1.ª ed., JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ (trad.), p. 40.

Similar suerte corrió la propuesta de WELZEL, quien si bien planteó como uno de los pilares de su particular concepción de la teoría del delito la preponderancia de la “intencionalidad” frente a la mera “relación causal”, no detuvo su propuesta en este aspecto, sino que la complementó sugiriendo reformular el concepto de bien jurídico, de tal forma que en lugar de considerarlo como un ente meramente estático (como hasta entonces se venía haciendo por parte de los causalistas), se lo entendiera como fenómeno capaz de una interrelación social⁸. Poco importó que la propuesta de modificar la concepción del bien jurídico planteara desde entonces una enorme posibilidad de desarrollo dentro de la teoría del delito; los críticos de WELZEL, que pronto descubrieron los problemas que enfrentaba una concepción final de la acción en los delitos imprudentes, insistieron en referirse a la teoría de WELZEL con el apelativo de “finalista”, el mismo con el que de manera definitiva pasó a la historia.

Lo cierto es que frente a la afirmación conforme a la cual el artículo 9.º del Código Penal colombiano de 2000 introduce una concepción “funcionalista” de la teoría del delito, bien puede decirse que su contenido no solamente puede ser suscrito por un defensor de la concepción normativa de la teoría del delito, sino que igualmente será compartido por un finalista⁹, en cuanto su planteamiento está en buena parte edificado sobre la insuficiencia de la relación causal como fundamento de un juicio de imputación. Aún más: de entenderse el concepto de “imputación jurídica” como el parámetro para calificar un comportamiento como conforme o contrario a derecho¹⁰, es evidente que incluso el más radical de los causalistas estaría de acuerdo con el contenido del artículo 9.º del Código Penal colombiano, en cuanto desde su perspectiva tampoco es suficiente la determinación de una relación causal para imputar jurídicamente su resultado al autor (esto es, para considerar su conducta como contraria a derecho).

Es factible que la gran importancia que dentro de una concepción normativa de la teoría del delito se asigna a la “imputación”, genere la falsa impresión de que cada vez que se alude a dicho término se lo hace desde una perspectiva normativa, como viene ocurriendo en nuestro medio con la interpretación del aludido artículo 9.º del Código Penal. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el concepto de “imputación jurídica” se remonta a la filosofía práctica del siglo XVIII, cuando se hacía una distinción entre las nociones de *imputatio facti* e *imputatio iuris*¹¹. Por consiguiente, el

8. HANS WELZEL. “Studien zum System des Strafrechts”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), t. 58, Walter de Gruyter, 1939, pp. 514 y 515.

9. Para GÓMEZ PAVAJEAU, por ejemplo, la norma en mención corresponde a lo que él denomina una concepción “postfinalista” de la teoría del delito; cfr. CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. *Estudios de dogmática en el nuevo código penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, p. 210.

10. En este sentido la entiende HRUSCHKA, advirtiendo que ese significado se remonta a los orígenes mismos de la expresión. Cfr. JOACHIM HRUSCHKA. *Strukturen der Zurechnung*, Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter, 1976, p. 35.

11. Sobre el origen de estas expresiones, cfr. HRUSCHKA. *Ob. cit.*, p. 35.

empleo de la expresión “imputación jurídica” no puede ser considerado como exclusivo de una concepción normativa de la teoría del delito, y su utilización por parte del legislador no debe llevar a equívocos sobre la verdadera orientación dogmática de una determinada codificación.

No debe olvidarse, de otra parte, que incluso si nos circunscribimos a la segunda mitad del siglo XX, es factible apreciar cuando menos dos formas diversas de entender la imputación objetiva: la primera surge a mediados de la década del sesenta dentro de las toldas finalistas y fue concebida por sus cultores como mecanismo para superar los inconvenientes sistemáticos que les planteaba el delito imprudente; la segunda se erigió como uno de los pilares sobre los cuales se han venido edificando concepciones normativas de la teoría del delito¹².

Tampoco resulta correcta la aseveración conforme a la cual el artículo 25 del Código Penal colombiano de 2000 adhiere a una concepción normativa de la teoría del delito, en cuanto fundamenta la responsabilidad del delito omisivo en el desconocimiento de los deberes que al autor le atañen por su posición de garantía. Como quiera que detrás de la moderna noción de “posiciones de garantía” se esconde el concepto de deber de actuación atribuido a una persona en particular, lo evidente es que el Código Penal colombiano no está haciendo nada diverso de edificar la responsabilidad del delito omisivo en el incumplimiento de un específico deber de actuación¹³; solo que, utilizando una terminología moderna, precisa que a quien compete un deber de actuación tiene una posición de garantía frente a la ejecución de ese comportamiento, en cuanto a través de él contribuirá a la protección de un bien jurídico a su cargo.

Siendo ello así, conviene recordar que si hay un aspecto en el cual las principales concepciones de la teoría del delito han estado de acuerdo, es el relacionado con la razón de ser de la punibilidad del delito de omisión. En efecto, tanto los causalistas¹⁴, como los finalistas¹⁵ y los normativistas, sostienen que la omisión está en capacidad de generar responsabilidad penal, en cuanto el autor incumpla un deber específico de actuación que le haya sido impuesto. Por consiguiente, la afirmación contenida en el

12. Sobre estas dos formas de entender la imputación objetiva, cfr. REYES ALVARADO. “El concepto de imputación objetiva”, en *Derecho penal contemporáneo*, Bogotá, Legis, 2002, n.º 1.

13. En este sentido señala, con razón, GÓMEZ PAVAJEAU, que la referencia hecha por el Código Penal de 2000 a las posiciones de garantía aparece como “formalmente novedosa”, sin que en realidad ello sea así; cfr. GÓMEZ PAVAJEAU. Ob. cit., p. 251.

14. Para ALFONSO REYES, destacado exponente de la concepción causalista de la teoría del delito en nuestro país, “la conducta típica puede consistir también en una omisión, vale decir, en un no hacer cuando se estaba jurídicamente obligado a hacer”; cfr. ALFONSO REYES. *Tipicidad*, Bogotá, Temis, 1997, 6.ª ed., p. 60.

15. WELZEL, por ejemplo, al ocuparse de la categoría de los delitos propios de omisión dolosos señala que “comprende aquellos presupuestos circunscritos típicamente, cuya concurrencia hace que el ordenamiento jurídico exija una intervención”. HANS WELZEL. *Derecho penal alemán*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970, JUAN BUSTOS RAMÍREZ y SERGIO YÁÑEZ PÉREZ (trads.), p. 281.

artículo 25 del Código Penal de 2000 sería vista con complacencia tanto por un defensor de la concepción causalista de la teoría del delito, como por un finalista, no siendo correcto afirmar que se trata de una disposición inspirada en el normativismo.

Aún más: si se analizan con detenimiento los puntos de partida de una concepción normativa de la teoría del delito, se apreciará que ellos conducen de manera indefectible a negar la distinción entre los delitos de acción y omisión¹⁶, por lo cual en puridad de términos un defensor de la concepción normativa de la teoría del delito jamás distinguiría entre delitos de acción y delitos de omisión, como sí lo hizo el legislador de 2000 en el artículo 25 del Código Penal colombiano.

Pero si bien debe evitarse la crítica de las concepciones de la teoría del delito cuando es hecha sin referencia al sistema que le sirve de marco, también ha de admitirse que las adhesiones a un esquema teórico del delito, cuando son llevadas a cabo sin la adecuada comprensión, aplicación o desarrollo de sus pilares fundamentales, suele causar más perjuicios que ventajas. Así lo ponía de presente CARLOS LOZANO Y LOZANO cuando al referirse a la innumerable cantidad de adeptos que ganaba a comienzos del siglo XX la concepción clásica de la teoría del delito, advirtió: “En el caso de la escuela clásica penal, sus partidarios adhirieron a ella más por rutina que por virtud de un profundo estudio de sus grandes méritos; y por eso la empujaron y deformaron”¹⁷.

Precisamente, el profesor CARLOS LOZANO Y LOZANO (de cuya muerte se cumplieron en febrero de 2002 cincuenta años) fue en Colombia un brillante expositor de la concepción positivista del delito, y su obra constituye un hito en la historia del dere-

16. Sobre la necesidad de que en una concepción normativa de la teoría del delito desaparezca la distinción entre los delitos de acción y omisión, mencioné en un trabajo anterior lo siguiente: “De esta forma se consigue una perfecta separación entre los planos naturalístico y normativo, de manera que en cuanto el derecho penal trabaje con conceptos valorativos no enfrentará problemas con el concepto de omisión (como sí ocurre con las concepciones naturalísticas de la teoría del delito) pues él nada tiene que ver con la naturaleza; ningún papel desempeña un concepto autónomo de omisión en un sistema del delito donde lo determinante es la existencia de lesiones a la vida de relación social, o expresado de otra forma, donde lo que interesa es la existencia de defraudaciones a las expectativas sociales”. Cfr. REYES ALVARADO. “Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLV, Madrid, 1992, pp. 933 y ss. Si bien en la segunda edición de su manual de derecho penal (publicado en el año de 1991) JAKOBS mantenía la distinción entre los delitos de acción y omisión, en trabajos posteriores ha variado de criterio, pasando a sostener la necesidad de eliminar la distinción entre tales categorías; así, por ejemplo, en “Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassung”, en *Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Geisteswissenschaften, Vortrag G 344*, Opladen, Westdt. Verlag, 1996 (en castellano aparece publicado así: *La imputación de la acción y de la omisión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES [trad.], p. 59), y en “La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión”, publicado en *Estudios de derecho penal*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid y Civitas, 1997, p. 350.

17. CARLOS LOZANO Y LOZANO. *Elementos de derecho penal*, Bogotá, Lerner, 1961, 2.^a ed., p. 411.

cho penal colombiano, por contener una de las más completas exposiciones sobre los fundamentos teóricos de la escuela cuyas ideas defendía con ahínco.

Conforme a lo expuesto en páginas anteriores, la obra del profesor LOZANO Y LOZANO puede ser analizada desde dos perspectivas diversas: la primera de ellas, conforme a la capacidad de rendimiento que de manera aislada posea cada uno de los conceptos que individualmente componen su concepción de la teoría del delito; la segunda, efectuando el análisis de cada una de tales nociones desde la perspectiva de los fundamentos del sistema penal por él defendido.

Debe advertirse, sin embargo, que si se opta por la primera de las referidas alternativas, esto es, un estudio aislado de cada una de las categorías dogmáticas empleadas por el profesor LOZANO Y LOZANO, su pensamiento puede llegar a ser descontextualizado en una forma tal que sus afirmaciones podrían aparecer como coincidentes con concepciones de la teoría del delito diametralmente opuestas a la suya.

Así, por ejemplo, la afirmación del profesor LOZANO Y LOZANO conforme a la cual el delito es un fenómeno social¹⁸, no puede ser interpretada en el sentido de servir de pilar a una concepción normativa de la teoría del delito, pese a que se trata de una aseveración que compartiría un defensor de esta última corriente doctrinal. Lo que con esa advertencia quiso el mencionado autor, fue destacar que uno de los mayores inconvenientes de los clásicos radicó en la elaboración de una teoría del delito aislada del contexto social, en la cual el delincuente era objeto de análisis de manera descontextualizada, como simple objeto de represión penal, sin referencia alguna a la realidad social dentro de la cual desplegaba las conductas objeto de análisis y sin mayor consideración sobre las razones individuales o sociales que hubieran podido llevar a esa persona en particular a la comisión de un delito; recuérdese, además, que los clásicos edificaron su concepción teórica a partir de la comprensión del delito como un ente jurídico ajeno a la realidad, lo cual acentuó la orientación lógico-deductiva de la teoría clásica del delito.

En procura de corregir estas falencias de la escuela clásica, el profesor LOZANO Y LOZANO –siguiendo el derrotero trazado por los positivistas italianos– recurre al manejo de conceptos como “persona”, “norma” y “sociedad”¹⁹ para, con base en ellos, explicar su particular concepción del delito; pero si bien el hecho de relacionar el fenómeno delictivo con las tres mencionadas categorías podría parecer –aisladamente considerado– como propio de concepciones finalistas o normativas de la teoría del delito, lo evidente es que su verdadera dimensión solo puede apreciarse al examinarla desde la perspectiva del sistema positivista, pues se trata de tres elementos que siempre se han visto involucrados en las diversas formulaciones que de la teoría del

18. Cfr. *ibíd.*, pp. 41 y 59.

19. Cfr., por ejemplo, *ibíd.*, pp. 56 y 59.

delito se han propuesto a través de los años; la diferencia ha radicado siempre en la forma como cada concepción de la teoría del delito entiende las nociones de “persona”, “norma” y “sociedad” y en la preponderancia que a cada una de ellas le otorga dentro de su planteamiento teórico. Es así como, mientras para los defensores de la escuela positiva del derecho penal el “hombre” juega un papel preponderante frente a las nociones de “sociedad” y “norma”²⁰, desde la perspectiva normativista el estudio de la conducta del individuo debe estar precedido del análisis de su comportamiento en cuanto ser social, evaluado desde el punto de vista de su sujeción a las normas.

No es, entonces, que el profesor LOZANO Y LOZANO incurra en una equivocación cuando señala que el comportamiento del hombre está determinado por la sociedad en que vive²¹ y que la ley y el derecho representan el mínimo de disciplina colectiva necesaria para la vida en común²²; por supuesto que –como señala el mismo autor– la sociedad no puede existir sino mediante el cumplimiento de las leyes que son indispensables para mantener el orden externo²³.

Lo que ocurre es que se trata de aseveraciones cuyos alcances varían, dependiendo del sistema dentro del cual se inserten; en efecto, si bien un normativista estaría en condiciones de suscribir esas mismas afirmaciones, no por ello puede decirse que por sí mismas correspondan a una sola forma de entender la teoría del delito. Es justamente la referencia a cada sistema lo que permite diferenciar los alcances que para una y otra teorías poseen afirmaciones como las que aquí se mencionan.

Es por ello por lo que, desde una perspectiva extra sistemática, resultaría prácticamente imposible distinguir quién es el autor de una afirmación conforme a la cual “para que exista un delito es necesario que se turben las relaciones exteriores jurídicas externas que unen a los hombres”²⁴, pues ella bien podría corresponder a un normativista o a un positivista. La diferencia radica en que mientras un defensor de la concepción normativa de la teoría del delito utilizaría tal postulado para poner en evidencia que el derecho penal debe comenzar por el análisis de la conducta del hombre en cuanto ser social, relegando para un segundo momento la evaluación de su comportamiento en cuanto individuo, un positivista se serviría de tal aserto para destacar que el derecho penal no debe centrar sus esfuerzos en la mera defensa del individuo frente al poder estatal, sino que adicionalmente a ello debe fungir como mecanismo de protección de la sociedad frente a las conductas desviadas de los individuos.

20. Para LOZANO Y LOZANO, “el delito, antes de ser un hecho jurídico, es un hecho humano y un hecho social”, *ob. cit.*, p. 113.

21. Cfr. CARLOS LOZANO Y LOZANO. *ob. cit.*, p. 81.

22. *Ibíd.*, p. 55.

23. *Ibíd.*, p. 55.

24. *Ibíd.*, pp. 139 y 140.

Con base en la comentada afirmación, un normativista afirmaría que el solo hecho de que un bien jurídico sea puesto en peligro o, incluso, sea destruido, no es razón suficiente para que el derecho penal se interese por la conducta que ha desencadenado tales consecuencias. Y no lo sería –desde esa particular forma de entender la teoría del delito– por cuanto solo determinadas formas de ataque al bien jurídico resultan de interés para el derecho penal, lo cual equivale a sostener que una conducta solo es penalmente relevante desde el momento en que ella turba las relaciones externas que unen a los hombres.

Nadie pondría en duda que el cirujano que realiza una intervención quirúrgica conforme a la *lex artis* lesiona el bien jurídico de la integridad personal desde el instante mismo en que con un bisturí efectúa una incisión en la piel del paciente; frente a este específico supuesto de hecho, si bien tanto un positivista como un normativista arribarían a la misma conclusión final de que el autor de la conducta no debe responder como autor de un delito contra la integridad personal, los fundamentos que cada uno emplearía para llegar a ese resultado son bien diversos. En efecto, mientras para un defensor de la escuela positiva la conducta del médico debería estar exenta de responsabilidad gracias al reconocimiento en su favor de una causal de justificación como el ejercicio de actividad lícita, para un normativista la falta de relevancia penal de ese comportamiento se debe a que el médico afectó el bien jurídico de una manera permitida; expresado en palabras diversas, su conducta no es penalmente reprochable por haberse desarrollado dentro del riesgo permitido, lo que equivale a decir que carece de relevancia penal por no haber afectado las relaciones externas que unen a los hombres.

Estas últimas disquisiciones nos acercan a un tema tradicionalmente controvertido: el relacionado con el tratamiento que dentro de la teoría del delito debe recibir el ejercicio de un derecho o el desarrollo de una actividad lícita; para el profesor LOZANO Y LOZANO esta clase de conductas deben ser consideradas como causales de justificación, en cuanto “No puede cometer delito el que ejecuta la ley, es decir, la norma vigente, regularmente expedida y promulgada. Esto es obvio y no demanda desarrollo o elucubración especial, puesto que el delito consiste precisamente en la violación de la ley”²⁵.

Pues bien, la afirmación conforme a la cual “quien ejecuta la ley no puede cometer delito”, también adquiere connotaciones diversas dependiendo del contexto teórico dentro del cual se la examine, pues mientras el profesor LOZANO Y LOZANO la utiliza como fundamento de la exención de responsabilidad de una causal de justificación, esto es, como una forma de lesión al bien jurídico excepcionalmente permitida, desde la óptica normativa esa misma aseveración dota de contenido un concepto mucho

25. *Ibíd.*, p. 233.

más amplio como el de riesgo permitido, que lejos de consagrar una forma excepcionalmente tolerada de lesión al bien jurídico, establece el límite entre las formas de ataque al bien jurídico que carecen de relevancia para el derecho penal y aquellas que deben ser centro de interés del mismo.

Nótese cómo la premisa conforme a la cual “el delito es violación de la ley” resulta útil para el profesor LOZANO Y LOZANO en cuanto le permite fundamentar la existencia de una determinada causal de justificación. Por el contrario, idéntica afirmación, en boca de un normativista, adquiere dimensiones mucho más amplias, no solo porque la determinación de si una conducta se desarrolló dentro o fuera del riesgo permitido se lleva a cabo desde una perspectiva fundamentalmente normativa, sino porque la realización del riesgo en el resultado (con la cual se cierra el juicio de imputación objetiva) debe ser entendida con referencia al quebrantamiento de la norma penal.

Desde otra perspectiva, la consideración del delito como “violación de la ley” acarrea consecuencias diversas en lo que toca a la trascendencia del concepto de bien jurídico dentro de la teoría del delito, en cuanto algunos defensores de la concepción normativa le restan importancia, actitud ésta que ha merecido algunas de las más fuertes críticas por parte de la doctrina ampliamente mayoritaria, que le sigue reconociendo un papel determinante a dicho elemento dentro de la estructura del delito. En consecuencia, la sola manifestación de que el delito es “violación de la ley” no puede ser entendida como un postulado de los clásicos, ni como manifestación del positivismo ni como una premisa de la concepción normativa del delito; los alcances de esa afirmación solo pueden ser establecidos en cada caso concreto, analizándola dentro del contexto teórico en el que se la utilice.

También debido a ello, un desprevenido lector podría llegar a tener dudas sobre los verdaderos orígenes de la siguiente aseveración: “El hombre que viviese en el aislamiento podría obrar como a bien lo tuviera; pero desde el momento en que vive en sociedad con otros hombres, debe respetar la esfera de acción ajena”²⁶. Al paso que para un positivista este postulado sirve para destacar las obligaciones que el individuo tiene frente a la sociedad y para poner en evidencia que el derecho penal debe reaccionar frente a esos ataques contra el conglomerado social, un normativista iría más allá de esta inicial interpretación; en efecto, la afirmación conforme a la cual “cada persona debe respetar la esfera de acción ajena”, es útil desde una óptica normativa para poner en evidencia que las personas poseen libertad de acción dentro de su ámbito interno, por lo cual sus actuaciones solo pasarían a ser de interés para el derecho penal en cuanto desborden ese preciso marco.

26. LOZANO Y LOZANO. *Elementos de derecho penal*, cit., p. 114.

Esto pone en evidencia la preponderancia que desde una concepción normativa se otorga al aspecto objetivo frente al subjetivo, puesto que las actuaciones que permanezcan dentro del ámbito interno de cada persona (individuo) carecen de relevancia desde el punto de vista del derecho penal, con absoluta independencia de lo que haya ocurrido dentro de la mente del sujeto activo. Para LOZANO Y LOZANO, en cambio, el aspecto subjetivo de la conducta está revestido de mayor importancia desde el punto de vista del derecho penal, hasta el punto de llegar a sostener que “un acto objetivo solo cambia de significación por virtud de los móviles que lo provocaron”²⁷.

Piénsese en la siguiente hipótesis: en la sala de urgencia de un hospital, el cirujano de turno recibe en estado de gravedad a quien reconoce como su peor enemigo, el cual presenta varias heridas de bala en el tórax. Mientras opera con inusitado apego a la *lex artis*, el cirujano no puede evitar que su equipo de trabajo le escuche afirmar que desea con el mayor fervor que el paciente fallezca como consecuencia de las heridas recibidas, lo que en efecto ocurre. Frente a este supuesto de hecho, un positivista tendría serias dificultades para exonerar de responsabilidad al médico, ante la evidencia de una lesión al bien jurídico y un dolo; solo tendría el recurso a la eventual falta de relación causal entre la impecable intervención quirúrgica y el fallecimiento del paciente, lo cual en todo caso dejaría pendiente una eventual responsabilidad penal del cirujano a título de tentativa. Desde la perspectiva del normativismo, en cambio, la situación se resolvería con mayor facilidad sobre el supuesto de que las manifestaciones hechas por el cirujano pertenecen a su ámbito interno y no deben ser objeto de análisis del derecho penal, en cuanto con su conducta conforme a la *lex artis* el médico respetó la esfera de acción ajena.

Otra importante aseveración del profesor LOZANO Y LOZANO sobre la que conviene llamar la atención, por las repercusiones que de ella pueden desprenderse, es la siguiente: Lo importante –dice el referido autor– “es separar el acto del agente, del acto del otro o del fruto del azar”²⁸.

Si se analiza esta afirmación con independencia absoluta del contexto dentro del cual fue formulada por LOZANO Y LOZANO, resulta difícil establecer sus verdaderos significación y alcance, dado que se trata de un postulado que ha sido repetido en diversos contextos y por los más disímiles penalistas a lo largo de la historia. Quizás una de las primeras personas que se refirió a la necesidad de distinguir entre lo que era la obra de una persona y lo que era producto del azar o de actuaciones de otras personas, fue HEGEL en sus fundamentos sobre la filosofía del derecho²⁹. Desde entonces, la misma

27. *Ibíd.*, p. 117.

28. *Ibíd.*, p. 434.

29. GEORG WILHELM FRIEDERICH HEGEL. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, herausgegeben von GEORG LASSON, 3.^a ed., Leipzig, Verlag von Felix Meiner, 1930, Zusatz zum § 115.

afirmación ha sido utilizada por autores de tan variada orientación teórica como VON BURI³⁰, MAURACH³¹, JESCHECK³², JAKOBS³³, ROXIN³⁴ o WESSELS³⁵.

Por lo que respecta de manera específica al profesor LOZANO Y LOZANO, la comentada afirmación fue utilizada por él dentro del capítulo que en su obra dedicó al tratamiento jurídico penal de las concausas, ámbito dentro del cual consideró de especial importancia tener en cuenta que “nadie debe responder sino de lo que efectivamente hace”³⁶.

Desde una perspectiva normativista de la teoría del delito, idéntica afirmación sirve como fundamento para la elaboración de una imputación objetiva como noción independiente de la relación causal. Esto significa que mientras a partir del postulado en comento positivistas como LOZANO Y LOZANO refinan el concepto de relación de causalidad a través del manejo de la noción de “concausa”, en las toldas normativistas esa misma aseveración es utilizada para restar importancia a la relación causal a favor de la imputación objetiva.

Una vez más debe decirse que esas diversas connotaciones de idénticos conceptos, dependen siempre del contexto dentro del cual se los utilice. Eso explica que dentro de una concepción naturalista de la teoría del delito, en la cual el concepto de causalidad desempeñe un papel preponderante, la distinción entre lo que es la obra de una persona o fruto del azar, debe ser abordada con base en conceptos ontológicos o pseudo-ontológicos como el de concausa. Por el contrario, cuando se comparte una concepción normativa de la teoría del delito, en la cual la relación de causalidad no desempeña un rol determinante, la diferencia entre lo que es la obra de una persona y aquello que es producto del azar debe ser determinada a través del juicio de imputación objetiva, lo cual supone la determinación de si una persona creó con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado y si, en caso positivo, ese riesgo fue el que se realizó en el resultado.

Dado que en torno a afirmaciones como las mencionadas en precedencia parecerían coincidir positivistas y normativistas, alguien podría tener la tentación de señalar

30. MAXIMILIAN VON BURI. *Ueber Causalität und derem Verantwortung*, Leipzig, J. M. Gebhardt's Verlag (Leopold Gebhardt), 1873, p. 15.

31. REINHART MAURACH/HEINS ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, volumen 1, 7.ª ed., Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1987, & 18 III/46, p. 247.

32. HANS HEINRICH JESCHECK. *Lehrbuch des Strafrecht - Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1988, pp. 249 y 120.

33. GÜNTHER JAKOBS. “Risikokonkurrenz - Shadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht”, en *Festschrift für Karl Lackner*, Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter, 1987, p. 73.

34. Cfr. CLAUD ROXIN. “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht”, en *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, Verlag Otto Schwartz & Co., 1970, pp. 133 y 135.

35. Cfr. WESSELS JOHANNES. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihre Aufbau*, 19.ª ed., Heidelberg, C. H. Müller Juristischer Verlag, 1989.

36. *Ibid.*, p. 431.

como una más de las críticas a la concepción normativa de la teoría del delito, su estrecha relación con las tesis positivistas. Una conclusión semejante, sin embargo, solo puede ser el resultado de un análisis descontextualizado de afirmaciones en las que de manera aislada pueden coincidir defensores de una y otra teorías del delito; si, por el contrario, tales aseveraciones fueran analizadas desde los fundamentos teóricos de cada uno de los sistemas penales objeto de estudio, sería evidente que se trata de dos formas antagónicas de concebir la teoría del delito.

Debido a ello, el detenido análisis de cualquier obra representativa de una determinada concepción de la teoría del delito pondrá en evidencia que existen multiplicidad de postulados en los que –de manera aislada– coinciden autores de las más variadas tendencias, lo cual explica que antecedentes de afirmaciones que hoy son consideradas patrimonio de los normativistas, puedan ser encontradas en autores de tan disímiles concepciones teóricas como CARRARA³⁷, LOZANO Y LOZANO³⁸ o el propio WELZEL³⁹.

No son, entonces, los resultados que frente a coyunturales supuestos de hecho ofrezca una determinada teoría del delito lo que permite evaluar de manera acertada su capacidad de rendimiento, ni es el análisis descontextualizado de las diversas categorías que la componen, lo que pone en evidencia sus aportes a la ciencia del derecho penal. Solo el estudio de los fundamentos teóricos de cada concepción del delito y el análisis de sus elementos en consonancia con el sistema dentro del cual se hallan inmersos, deben servir como parámetro para evaluar la consistencia de una determinada teoría del delito y como punto de referencia para destacar los aportes que de ella se deriven para el saber científico.

La obra del profesor CARLOS LOZANO Y LOZANO debe ser leída como ejemplo de un sistema que históricamente hizo destacados aportes al desarrollo del derecho penal, aliviando la importancia del hombre detrás de la simple noción formal de delincuente, poniendo en evidencia que cada infractor de la ley penal es diverso de los demás y tendiendo un puente entre el delito y la realidad social. La detallada exposición que LOZANO Y LOZANO efectuó de los fundamentos teóricos de las concepciones clásica y positivista del derecho penal, constituye un ejemplo de la manera como debe abordarse el estudio de la teoría del delito y erige su obra como un ejemplo de rigor científico en nuestro medio.

37. Véanse, por ejemplo, las interesantes consideraciones que sobre este aspecto hace MANUEL GROSSO con ocasión de trabajos previos de NODIER AGUDELO; cfr. GROSSO GARCÍA. *Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito*, cit., pp. 93 y ss.

38. Como se ha visto a lo largo de este trabajo.

39. Basta con señalar la vinculación existente entre nociones como las de la adecuación social y el riesgo permitido; cfr. REYES ALVARADO. *Imputación objetiva*, cit., pp. 60 y 61. En el sentido de encontrar en la adecuación social un antecedente del riesgo permitido se ha pronunciado con posterioridad MANUEL CANCIO; cfr. MANUEL CANCIO MELÍA. *Los orígenes de la teoría de la adecuación social*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994, pp. 65 y 66.

