

¿ACCIÓN? TÍPICA, ANTIJURÍDICA Y CULPABLE. UNA MIRADA AL CONCEPTO DEL HECHO CON SENTIDO DELICTIVO COMO FUNDAMENTO DEL DELITO

*David Alonso Osorio Gallego**

Resumen: A lo largo de su existencia, la ciencia penal ha intentado construir una estructura sistemática en torno al delito y los elementos que lo componen. Esa ha sido quizás su principal finalidad: explicar racionalmente qué es un delito y por qué el Estado tiene la legitimidad para imponer una pena a quien lo ha cometido. En el marco de esa necesidad dogmática, el concepto de acción tuvo, y sigue desempeñando, en un amplio sector de la doctrina, un papel preponderante. Empero, el panorama ha cambiado, hoy en día nos enfrentamos a una sociedad riesgosa, contingente, en constante y vertiginoso avance, por este motivo muchos de los paradigmas teóricos

* Abogado de la Universidad de Caldas. Especialista en Derecho Procesal Penal de la Universidad Externado de Colombia. Candidato a magíster en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Correo-e: david.osorio77@est.uexternado.edu.co. Fecha de recepción: 29 de octubre de 2020. Fecha de aceptación: 12 de abril de 2021. Para citar el artículo: DAVID ALONSO OSORIO. “¿Acción? típica, antijurídica y culpable. Una mirada al concepto del hecho con sentido delictivo como fundamento del delito”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 42, n.º 112, enero-junio de 2021, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 169-197. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v42n112.05>

otrora trascendentales, se han visto revaluados. A la luz de los desarrollos sociológicos actuales, la acción no es relevante por sí misma, sino por su sentido delictivo, por la comunicación que transmite. El delito, entonces, debe erigirse a partir de lo que un hecho significa para el sistema del derecho penal y para la estructura normativa de la sociedad, no del acto en sí mismo considerado ni de la intención del agente cuando lo realizó.

Palabras clave: acción, dogmática jurídica, normativismo, sistemas sociales, comunicación, sentido delictivo, significado, sociedad riesgosa, teorías del delito.

ACTION? TYPICAL, UNLEGAL AND GUILTY. A LOOK AT THE CONCEPT OF THE CRIMINAL FACT AS THE FOUNDATION OF THE CRIME

Abstract: Throughout its existence, criminal science has attempted to build a systematic structure around crime and its constituent elements. That has perhaps been its main purpose: to rationally explain what a crime is and why the State has the legitimacy to impose a penalty on whoever committed it. Within the framework of this dogmatic necessity, the concept of action had, and continues to have, in a wide sector of doctrine, a preponderant role. However, the outlook has changed, today we face a risky, contingent society in constant and vertiginous advance, for this reason many of the once transcendental theoretical paradigms, have been re-evaluated. In the light of current sociological developments, the action is not relevant by itself, but by its criminal sense, by the communication it transmits. The crime, then, must be established from what a fact means for the criminal law system and for the normative structure of society, not from the act itself considered or from the intention of the agent when it was carried out.

Keywords: Action, normativism, social systems, communication, criminal sense, meaning, risky society, theories of crime.

1. LA FUNCIÓN DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL

El delito ha acompañado al hombre desde sus inicios. El paradigma creacionista da cuenta de ello. Según el libro del Génesis¹, Caín asesinó a su hermano Abel —ambos de los primeros hombres en poblar la tierra—, “ensañado en gran manera” por el agrado que la ofrenda de este le produjo a Dios y recibió un castigo severo por su “acto”. La mirada del paradigma evolucionista no es diferente, el

1 La Biblia. Edición Reina Valera 1960, capítulo 4, versículos 1-13.

homicidio, aunque entendido de otra forma —una perspectiva animista²—, estaba presente en las sociedades más primitivas y era reprimido, por ejemplo, por medio del tabú. Algunos autores³ aseveran, incluso, que con mucha antelación al Código de Hammurabi, en la sociedad paleolítica ya existía la figura del talión como una respuesta al delito y que era impartida “por la ley del más hábil o del depositario de la autoridad divina”⁴. Al respecto, y entratándose de las características del derecho primitivo. Bernal Gómez expone:

Primero, la indiferenciación de la norma, al estar entremezcladas las normas jurídicas con las religiosas, las morales y las del trato social; segundo su carácter consuetudinario, basado en la repetición de los usos seguidos por la comunidad; tercero su heterogeneidad o falta de uniformidad, esto es, su ámbito cerrado, que se traduce en el establecimiento, según su diverso grado de desarrollo, de un derecho específico para cada comunidad”.

“[...] Así como a un derecho penal, también incipiente, en la medida en que la comunidad, representada por el juez o el sacerdote, en una época

-
- 2 Fernando Velásquez Velásquez. *Fundamentos de derecho penal parte general* (Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017), 223 y 224.
- 3 En este sentido, GÓMEZ PAVAJEAU indica: “Por tanto la sociedad del tótem implicaba la ‘absorción de la individualidad por la sustancia material de la comunidad’, por ello la imputación era meramente física y objetiva, y la responsabilidad puede entenderse solamente como imputable al colectivo. La venganza no es individual sino grupal, social, se practica entre grupos humanos o diferentes tótems, esto es, comunidades de sangre que representan su estirpe a través de las figuras de animales o cosas” [...] “los principios por los que se castiga el delito son muy vagos, que los métodos de llevar a cabo su justo castigo son impredecibles y variables, gobernados por el azar y la pasión personal más que por cualquier sistema de instituciones fijas’, esto es, por ende se está sometido al ‘poder del jefe’, la magia, las consecuencias sobrenaturales de los tabúes y actos de venganza personal””. *Neurociencias y Derecho. Reflexiones sobre la cognición social, el libre albedrío, la dignidad humana, la culpabilidad y la prueba novel* 2.^a ed. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017), 136-137. Igualmente ZAMBRANA MORAL reseña: “al margen de las luchas tribales, en los pueblos primitivos los actos de un miembro de la tribu contra otro integrante de la misma normalmente se castigaban con penas corporales. La presencia de este tipo de penas a lo largo de la historia ha sido una constante. Por ejemplo, el primitivo derecho penal chino, caracterizado por la severidad, establecía penas de mutilación o de marcas en los casos de delitos de menor gravedad. También existían las mutilaciones corporales en una segunda etapa del derecho de la antigua Persia a partir de la recepción del islamismo; así como en el Código de Hammurabi. En la legislación de la India contenida en el *Código o Libro de Manú*, había excepciones en la aplicación de las penas corporales a favor de las personas de casta superior, aumentándose las pecuniarias, como compensación en estos casos, porque se suponía en el condenado una mayor aptitud para conocer las consecuencias de sus actos. Esto revela un principio de individualización penal. También, es de suponer que los primitivos pobladores de la Península aplicaban las penas de mutilación y degollación”. Rasgos generales de la evolución histórica de la tipología de las penas corporales, *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, xxvii n.º 17 (2005): 197-229.
- 4 JUAN C. FERNÁNDEZ LECCHINI. *La concepción del delito de la antigüedad a la actualidad. Líneas generales* (Uruguay: Universidad De la República, 2017). En fder.edu.uy

en que el delito aparece confundido con el pecado, pueden sancionar las conductas que resultan lesivas al grupo o tribu. En consecuencia, se puede asegurar que en esta edad primitiva existen en embrión gran parte de las instituciones jurídicas que se desarrollarán con posterioridad.⁵

De igual modo, Merkel, con respecto al concepto histórico del delito refiere:

En los pueblos primitivos, aquellos hechos malos que no afectaran inmediatamente a los bienes comunes, como afectaba, por ejemplo, la traición durante la guerra, eran considerados como *actos de hostilidad* realizados contra las personas inmediatamente lesionadas y contra sus parientes consanguíneos, es decir, como daños ofensivos causados a sus bienes y a la consideración que se les debía; tales hechos provocaban la ejecución de otras acciones de análogo carácter -actos de venganza- contra el agresor y contra su grupo de parientes. La colectividad popular se mostraba en tales casos neutral, salvo el exigir la observancia de ciertas reglas para la venganza [...]

En los pueblos que llevan una vida común ya más desarrollada, la importancia que los hechos de referencia tienen, por sus efectos inmediatos, para la comunidad y para la marcha del pueblo, se hace valer de diversas maneras, y da ocasión para que, junto a los intereses inmediatamente lesionados, tomen partido los intereses comunes, tendiendo a lograr una ordenada compensación de lo acontecido.

El acto de hostilidad viene así a ponerse en relación con *el delito*, y respecto de este último se forman determinadas apreciaciones y juicios que vienen a tener su expresión en lo tocante a la especie y medida de su castigo.⁶

Con independencia de las consideraciones teológicas o científicas, lo cierto es que la historia de la humanidad arrastra consigo, también, la historia del delito. Esto explica por qué razón siempre ha sido una preocupación humana determinar, de acuerdo con los momentos históricos, qué es el delito, cuáles son sus elementos, quién puede ser considerado como “delincuente”, qué es el castigo, por qué se justifica sancionar el delito y quién está legitimado para imponer la pena. Existe cierto consenso en que dichas temáticas componen, en su conjunto, la ciencia penal, esto es: la teoría del delito o dogmática jurídica, la teoría de la pena y más recientemente la criminología y la política criminal.

5 BERNAL GÓMEZ. 2010, pp. 23 y ss.

6 MERKEL. 1906, pp. 44-45.

De estas *ramas* del conocimiento jurídico, el presente trabajo se centra en la dogmática jurídico-penal, pues en su contexto se han desarrollado las teorías sobre la acción, en sus diferentes concepciones, como elemento fundante del delito. Así, pues, la dogmática surge en el seno del positivismo jurídico⁷, como una respuesta a la pregunta sobre el carácter científico del estudio del derecho y, posteriormente, del derecho penal. Se concibió como una actividad con carácter de *ciencia* cuyo objeto de estudio era la norma como precepto positivo del ordenamiento jurídico. Más allá de las discusiones que se suscitaron en torno a su verdadero carácter científico en un momento histórico presidido por una epistemología construida a partir de las explicaciones empíricas y causalistas, se trató, en sus inicios, de un análisis de las reglas jurídicas previstas en la ley y sus consecuencias. Fue, en esencia, una búsqueda por otorgar al análisis del derecho penal un estatus científico, en una realidad que reservaba tal calidad a los estudios exactos. Así lo explica Rodríguez Yagüe:

La concurrencia en la segunda mitad del siglo pasado de un nuevo concepto de Ciencia, unido a la variación del carácter del Estado, produjo un profundo cambio de orientación en los estudios del Derecho. El gran desarrollo alcanzado en el siglo XIX por las ciencias de la naturaleza provocaba un ambiente *científico* entendiéndose por tal como expone Latorre “la actitud mental que veía en las ciencias el camino para resolver los problemas humanos y sociales del mundo, de la fe en que la ciencia es no sólo un método de conocimiento y de dominio de la naturaleza y del hombre, sino también un saber de salvación que redimirá a la humanidad de sus miserias y la conducirá a la felicidad”. Tal dirección de pensamiento, progresivamente acrecentada por el desarrollo de la filosofía positivista, llevaba a reservar el carácter de Ciencias a las Ciencias de la Naturaleza y a las Matemáticas, pues sólo en ellas concurrían los rasgos de exactitud y de posibilidad de percepción por los sentidos, sólo ellas progresaban y sólo ellas utilizaban el método empírico, característico del concepto positivista de ciencia.⁸

En fin, en su pretensión científica busca la aplicación de un método sistemático que permita la organización, clasificación y definición de las estructuras propias del derecho y, en lo que ahora nos interesa, del derecho penal. Tal método no se circunscribe al ámbito teórico, por cuanto debe extenderse a los campos prácticos de la ciencia jurídica; por esta razón, Pavajeau afirma que “la dogmática como ciencia desde un principio mostró su vocación teórica, pero no descuidó su

7 CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. *Fundamentos liberales y sociales del derecho penal* 2.^a ed. (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2018), 207 y ss.

8 YAGÜE RODRÍGUEZ. 2004, pp. 108 y ss.

importancia práctica”⁹ y agrega, citando a Zitelmann: “el jurista, por antonomasia el juez, debe tener ‘conocimientos de leyes positivas; ello es indispensable; pero debe añadirse también un amplio conocimiento de la vida y un claro sentido de la realidad [...]’”¹⁰. En verdad que, tratándose de una construcción teórica con efectos pragmáticos, cuya existencia depende en gran medida de las normas jurídicas y los principios constitucionales vigentes¹¹ en determinado momento histórico, puede concluirse que su principal característica no es otra que la ductilidad.

No es posible pensar en una dogmática jurídica aferrada a los conceptos estructurados de antaño sino que, ante el cambio inherente a la sociedad y a la configuración normativa de esta, indefectiblemente también ha de transformarse, siempre con criterios razonables de interpretación y sistematización del orden jurídico. Ello explica el porqué de los diversos entendimientos de la acción (natural, causal, final, social, etc.), cada uno apegado a lo que en su momento reflejaba la realidad social, pero hoy, insuficientes para mantener una estructura sistemática y debidamente clasificada del delito. Entender que la función de la dogmática jurídico-penal se materializa en una construcción científica que no puede escindirse de la realidad —porque a partir de ella nace la norma¹² como su objeto de estudio— permite comprender que en una sociedad riesgosa, compleja y contingente como la actual, los conceptos otrora indispensables pueden no serlo, o al menos, no suficientemente.

Si la función de la dogmática es dotar de coherencia y razonabilidad al derecho, a través del empleo de métodos científicos en su interpretación, las categorías creadas por esta no pueden ser ajenas a los sistemas sociales, sino que debe indagarlos a profundidad, en aras de dotarlos de uniformidad lógica y racional. A partir de esto establecer la responsabilidad penal del individuo, en términos de Frisch (2004), a través de “la realización de categorías básicas del hecho punible absolutamente determinadas”¹³, pero no por ello inalterables. En este orden de ideas, la construcción de un concepto de acción —y su relevancia— debe respon-

9 CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. *La dogmática jurídica como ciencia del derecho. Sus especies penal y disciplinaria. Necesidad, semejanzas y diferencias*. 2.ª ed. (Universidad Externado de Colombia, 2017), 47.

10 Apud. (GÓMEZ PAVAJEAU) en CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. *La dogmática jurídica como ciencia del derecho. Sus especies penal y disciplinaria. Necesidad, semejanzas y diferencias*. 2.ª ed. (Universidad Externado de Colombia, 2017), 47.

11 En este sentido, Roxin, quien asegura que la ciencia jurídica no puede contraerse exclusivamente a las normas legales, sino que esta parte de los principios constitucionales como manifestación propia de los fines en un Estado democrático de derecho.

12 Norma en sentido amplio. No se trata únicamente de las reglas jurídicas previstas en determinado compendio legal o procesal, sino de los axiomas y principios que irradian todo el ordenamiento jurídico.

13 WOLFGANG FRISCH. “Dogmática jurídico penal afortunada y dogmática jurídico penal sin consecuencias”, en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Francisco Muñoz Conde (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004), 20.

der a criterios teóricos concebidos desde un entendimiento de la sociedad que actualmente, vale la pena indicarlo, aunque en momento alguno prescinde del individuo, no se centra en este, sino en sus relaciones comunicativas, es decir, en los hechos que emite dotados de sentido y significado social.

Como ya se dijo, la realización de la función científica atribuida a la dogmática jurídica ha desembocado en el desarrollo de múltiples teorías del delito, cada una fundamentada en diversas categorías o subcategorías y cuyo contenido, igualmente diverso, ha evolucionado con el pasar de las épocas. Bajo tal intelección, para los efectos de este trabajo, es imperativo analizar brevemente tales postulados teóricos, en lo que al concepto de acción respecta.

2. EL CONCEPTO DE ACCIÓN EN LA TEORÍA DEL DELITO

De manera general se le atribuye al concepto de acción un carácter central en la teoría del delito, no solo por su trascendencia sino además porque tradicionalmente ha sido el punto de partida para establecer la existencia de una conducta punible. Algunos autores¹⁴ consideran que la acción es transversal a las demás categorías del delito y, en ese sentido, aunque debe ser neutral, ha de poseer un contenido con la fuerza expresiva suficiente para soportar los fundamentos de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Sobre la temática Roxin asegura lo siguiente:

La acción debe vincular o enlazar entre sí a todas las concretas categorías del delito, volviendo a introducirse en cada elemento de la estructura del delito y experimentando una caracterización cada vez más exacta mediante atributos adicionales. Así pues, en primer lugar la acción se determina como tal y después se dota de predicados valorativos cada vez más ricos en contenido como acción típica, antijurídica, culpable y punible. De ese modo, el concepto de acción debe atravesar todo el sistema jurídicopenal y constituir en cierto modo su columna vertebral.¹⁵

Incluso se la entiende, también, como una categoría capaz de suministrar un supra concepto básico para todas las formas de manifestación de la conducta punible

14 En este sentido CRISTINA RODRÍGUEZ YAGÜE (coord.). *Curso de derecho penal. Parte general* 1.^a ed. (Barcelona: Ediciones Experiencia S. L., 2004) 181. Así mismo, MANUEL JAÉN VALLEJO. *El concepto de acción en la dogmática penal* (Madrid: Colex), 11-15. Sobre el punto Maurach (1994) refería: “Una acción es el fundamento común de todo delito, sin consideración de sus formas de aparición. Ella sirve de base tanto al delito doloso como al hecho punible culposo. Si bien la acción es un concepto previo al tipo delictivo, que sirve a la construcción de éste, no por ello es un concepto prejurídico o, incluso, externo al derecho penal. En un principio, la acción, el pilar esencial de la construcción en cuanto concepto jurídico (ver cap. 14, n.º 16), también debe ser considerada desde el punto de vista del derecho” (p. 236).

15 ROXIN, 2008, *op. cit.*, p. 234.

con una función limitadora. En virtud de esta última permite excluir “los sucesos causados por animales, los actos de las personas jurídicas, los meros pensamientos y actitudes internas” y, en el más puro sentido psicologicista, las “modificaciones del mundo exterior no sometidas al control y dirección del aparato psíquico”¹⁶. En ese orden de ideas, se han estructurado múltiples requisitos con miras a definir qué es una acción relevante para el derecho penal a partir de diversos entendimientos teóricos de la dogmática jurídico-penal. Empero, como el mismo Roxin lo reconoce, no ha sido posible encontrar un concepto que permita conglobar todas las características que se le han querido otorgar. Al respecto, precisó:

Hasta el momento no se ha hallado un concepto de acción que pueda satisfacer de modo uniforme todos los exigentes requisitos descritos en los nm. 1-4 [fungir como elemento básico, de enlace y límite]. No obstante, en los esfuerzos por precisar un concepto de acción, incluso en los que han terminado en una resignada renuncia al mismo, se refleja toda la evolución de la reciente dogmática del derecho penal.¹⁷

Partiendo de esa insuficiencia teórica ya reconocida, es pertinente hacer alusión a los contenidos de la categoría iteradamente mencionada. En ese orden de ideas, con antelación a los postulados del esquema clásico del delito ya se iba perfilando el concepto de acción, empero estructurada a la par de la imputación del hecho y sin unos límites claramente diferenciables respecto de esta última. Se le atribuye a Berner haber otorgado un carácter estructural al concepto de acción a partir de su afirmación de que

el delito es acción. Todo lo que por lo demás se afirma del delito son solo predicados que se añade a la acción en cuanto sujeto. Por ello, el concepto de acción ha de ser la firme osamenta que determine la estructuración de la teoría del delito.¹⁸

A partir de esos primeros pasos, la ciencia penal se inclinó hacia el perfeccionamiento del concepto de acción. En tal perspectiva, el sistema clásico del delito vio nacer el concepto natural o causal de la acción. Acción es, entonces, “la producción, reconducible a una voluntad humana, de una modificación en el mundo exterior”¹⁹; esa fue la definición de Liszt. Tal y como lo reconoce Roxin, esta primigenia concepción resultaba insuficiente para explicar la omisión, precisamente porque esta es “no causar nada”. Ello implicó una resignificación de la categoría, dada la

16 Cfr. *Ibid.*, p. 235.

17 *Ibid.*, p. 235.

18 BERNER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1857, p. 108, en ROXIN CLAUS, *op. cit.*, p. 236 (No abusar de las citas indirectas).

19 ROXIN, *op. cit.*, V. Liszt, *Strafrechts*, 1891, p. 128.

inclusión de la cláusula “no evitación de una modificación”, así pues, acción era tanto la modificación del mundo exterior o la evitación de que se produjera tal transformación, siempre a partir de la voluntad del agente.

Las problemáticas de la noción no se hicieron esperar. Ese criterio de voluntariedad emergía insuficiente para dotar de coherencia al sistema del delito. La imposibilidad de demostrarlo a partir de las inervaciones musculares o nerviosas en la conducta, pero más aún, la ausencia total de voluntad en los casos de imprudencia inconsciente, fueron las bases del resquebrajamiento de este concepto de acción, esencialmente, porque a pesar de disfrazarse tras criterios ontológicos, el fundamento de la categoría estaba dirigido por la voluntad del autor, aún indemostrable al interior del proceso penal. Ese paradigma meramente naturalista intentó explicar la acción como un fenómeno perceptible, pero dejó de lado la coherencia de sus postulaciones, se insiste, en tratándose de la omisión y la culpa inconsciente, precisamente porque se soslayó que la acción penalmente relevante no es una noción empírica sino valorativa. Debe reconocerse que en el marco de la teoría psicológica de la culpabilidad el concepto causal de acción reportó ciertos rendimientos. Sin embargo, como sucedió con el simple vínculo psicológico entre el hecho y el autor para establecer su culpabilidad, resultó insuficiente frente a las necesidades científicas de la teoría del delito.

A partir de tales problemas teóricos, Welzel inició sus consideraciones sobre la definición de lo que es acción en el derecho penal. De acuerdo con este autor, la acción no ha de ser causal sino final, ese carácter final se sustenta en que “el hombre, gracias a su saber causal, puede prever en cierta medida las posibles consecuencias de su actuación, fijarse por ello diversos objetivos y dirigir planificadamente su actuación a la consecución de esos objetivos”²⁰. Se trata de un acto a partir del cual el agente puede elegir los procesos causales necesarios para la consecución de un fin y “poner las condiciones necesarias para el desarrollo de los procesos”²¹. El despliegue de ese plan, se materializa en dos etapas, una de ideación o “anticipación del fin” y una de ejecución propiamente dicha en la que nuevamente la acción retoma un carácter causal. Welzel definió la acción relevante para el derecho penal, en los siguientes términos:

Toda vida social se estructura sobre la actividad finalista de los miembros de la comunidad. Presupone que el hombre puede proponerse fines, vale decir, objetivos futuros, elegir los medios necesarios para su obtención, y ponerlos en actividad. Este primer presupuesto de la vida social es, también,

20 Cfr. ROXIN, *op. cit.*, p. 239.

21 GÜNTHER JAKOBS. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, (trads. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), 2.ª ed. (Madrid: Marcial Pons, 1997), 162.

el primer criterio del actuar humano en general. El acontecer puro de la naturaleza es ciego en su causalidad, o, en la naturaleza viva, ante todo en el reino animal, en el mejor de los casos, inconcientemente *adecuado* al fin (instintivo). El hombre puede prever el futuro *consiente* del objetivo; concretar, sobre la base de experiencias causales, las más diversas clases de propósitos, según la forma planeada.

También el derecho penal se ocupa de acciones únicamente en el sentido de esta actividad finalista. Donde el hombre interviene de modo puramente causal, sea que actúe como mera masa mecánica (en un desmayo repentino), o que ejecute movimientos reflejos adecuados o contrarios al objetivo (en ataques de calambre o en reacciones indomables de susto), ahí puede, bajo ciertas circunstancias, entrar en consideración como *objeto* de un intervenir jurídico (p. ej.: como motivo de una intervención policial); pero su comportamiento queda excluido del derecho penal.

Como son acciones finalistas las que estructuran la vida de la comunidad, así también lo son las que la lesionan. Acciones que se mueven dentro del orden de la vida social, son valoradas positivamente por el orden de la comunidad, como “adecuadas al derecho”. En cambio, acciones que lo lesionan son valoradas como “contrarias al derecho.”²²

Se le adeuda a las brillantes ideas de Welzel la configuración de un injusto personal, y en esa tónica, la inclusión del dolo y la culpa en el tipo. La acción configura el injusto por cuanto ha de entenderse que “sobre ella recae ya, en tanto que acción prohibida, el juicio de antijuricidad”²³ y no se reduce a simples cuestiones naturalísticas y causales. Algunos autores finalistas²⁴ afirman que la definición de acción final permita explicar suficientemente los hechos comisivos y omisivos, dolosos o culposos. El argumento es simple, consideran que ontológicamente ambas formas de conducta son idénticas. A ello se llega desde un entendimiento potencial de la finalidad, de manera que, en realidad lo que fundamenta el concepto es la “capacidad finalística de acción”, actuar con dolo es actuar con una finalidad, con independencia de cuál sea esta.

Esa evidente subjetivación del injusto llevó a Welzel a una concepción dualista del delito (una para los dolosos y otra para los culposos) que desconoce la necesidad

22 WELZEL, 1956, pp. 35 y 36.

23 Cfr. JAKOBS, *op. cit.*, p. 164.

24 Sobre el punto ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. Acerca del concepto finalista de la conducta en la teoría general del delito. *Nuevo Foro Penal*12 (16), pp. 979-994, recuperado a partir de <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4521>. De igual forma, refiere KINDHÄUSER. *Acerca del concepto jurídico penal de acción. Cuadernos de Derecho Penal*, n.º 7 (2012): 11-41.

de un concepto de acción integral, y promovió quizás a una de las críticas más fuertes al concepto final de acción, así lo refiere con acierto Jakobs:

Así, se aduce —no sólo bajo el hecho sugestivo de la palabra “final”— que la teoría se ajusta sólo a los hechos intencionales, una objeción que el propio Welzel había provocado al insistir en la actividad final, pues en puridad no puede afirmarse que las meras consecuencias secundarias se realicen finalmente. De todos modos, también existe una acción final cuando la finalidad no se extiende hasta las consecuencias, pues la ejecución de la acción, en tanto que concurre una acción voluntaria consciente, siempre es intencional, lo sean o no las consecuencias. Cuando las consecuencias no son intencionales, pero sí conocidas por el autor, la ejecución final de la acción es también “expresión de sentido” para esas consecuencias secundarias, y lo es en la medida en que sobre su evitación ha prevalecido el interés en ejecutar la acción. Claro que entonces el acento de la relevancia jurídica de la acción se desplaza de lo perseguido intencionalmente a lo meramente asumido (*in-Kauf-genommen*). Lo intencional no interesa por su contenido, sino porque el autor, así como puede ejecutar lo intencional, también podría no hacerlo, evitando de este modo las consecuencias secundarias. Dicho de otro modo, lo final interesa sólo como elemento indiciario de que eran evitables las consecuencias secundarias conocidas.²⁵

En realidad, a pesar de los ingentes esfuerzos de Welzel, su definición de acción final no puede conglobar los delitos imprudentes, pues en ellos nunca podrá hablarse de una intencionalidad del autor en la comisión del injusto, en otras palabras, un autor imprudente, no obra finalmente. Este fue el talón de Aquiles de la concepción final de la acción, pues nunca pudo explicar —como noción integradora— los delitos culposos, muy a pesar de que trató de incorporar definiciones como la “finalidad potencial”. Tal problemática surge del hecho de que los finalistas estructuraban la noción atendiendo al objetivo perseguido por el agente y no al resultado producido. Roxin razona críticamente en un sentido similar a Jakobs, incluso advierte que el “concepto final acaba regresando al concepto natural de acción: sólo importa si el agente ha querido algo, cualquier cosa; el contenido de su voluntad es indiferente”²⁶. La objeción tampoco se superó con las modificaciones lingüísticas propuestas por el mismo Welzel en sus ulteriores desarrollos. La llamada acción “cibernética” que redirige el fundamento hacia el suceso controlado por la voluntad, incurre en las mismas objeciones, se trate de control real o debido.

25 JAKOBS, 1997, p. 165.

26 Cfr. ROXIN, *Derecho penal...*, p. 241.

Otro tanto sucede con el concepto negativo de acción. De acuerdo con algunos de los exponentes de esta noción²⁷, “la acción del derecho penal es el no evitar evitable en posición de garante”. Es decir, el autor del injusto es quien no evita algo estando inmerso en una responsabilidad especial por su determinada posición. Se trata de una concepción estructurada a partir de la evitabilidad individual. Algún sector de la doctrina penal ha fundado sus críticas al concepto negativo de la acción en un retorno al *topos* de voluntariedad, esencialmente porque vuelve la mirada a realidades psíquicas que resisten las mismas críticas formuladas a las anteriores categorías expuestas. Se añade a este concepto el reproche de que bajo esta perspectiva, la concepción de acción incluye el tipo, no le antecede. Esta última, no parece ser, en mi opinión, una verdadera crítica. En realidad, la sociedad está compuesta por un número infinito de actos humanos que no necesariamente son relevantes para el derecho penal. La estructura normativa de la sociedad permite la asunción de ciertos riesgos precisamente para reducir la complejidad de los sistemas que la integran y su correcta interacción. Por ese motivo no todos los hechos —vistos subjetiva o socialmente— pueden ser considerados como acciones para el derecho penal, pues para este solo pueden ser trascendentes los que comunicativamente ponen en duda la identidad social y cuestionan la vigencia normativa del conglomerado.

Bajo tal intelección el hecho de concebir una definición de acción penal que confluya con el tipo, es más, que pueda ser absorbida por este, no necesariamente desconoce la coherencia sistémica de la teoría del delito. Nada obsta para que cuando un comportamiento humano no revele un sentido delictivo no se le considere una acción en términos penales. Igual sucede con las denominadas acciones positivas o neutras. En verdad que nada aporta para la ciencia penal determinar que ingerir un alimento es un acto humano —voluntario o no es irrelevante— cuando este no ha tenido una interferencia significativa en el sistema con un sentido delictual. En mi criterio, resulta plenamente válido concluir que no existe acción normativa. Que los padres del asesino lo hayan concebido no significa que hayan matado, no porque esta sea causa del resultado o fuera la finalidad de aquellos que su descendiente se convirtiera en un homicida, sino porque su hecho, socialmente evaluado, no representa un acto con significado contrario al derecho y en esa conclusión nada impide que la noción de *acción* se diluya o no en el tipo.

Pienso que la verdadera crítica al concepto *negativo de acción* es la dirección, sin distingos, a la comisión por omisión. Este “énfasis” desconoce que la noción de *acción* debe servir como elemento básico en la teoría del delito y esto implica que abarque los supuestos delictivos en su integridad, es decir, comportamientos

27 Cfr. ROXIN. *Derecho penal*, p. 247. En similar sentido HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrechts un das Garantenprinzip*, 1972, p. 177 y KAHR. *Das Vermeidbarkeitsprinzip un die condicio sine qua non Formel im Strafrechts*, 1968, p. 36.

dolosos, imprudentes, activos u omisivos, etc. Aún ante la evidente dificultad de lograr dicho propósito, la pretensión científica no puede ser otra distinta y, por ello, persistir en la idea de configurar la categoría en sede de acto ontológico u óntico —en este caso una omisión— desconociendo la relevancia que el proceso de imputación devela incluso para los incipientes estadios de delimitación de la conducta, en mi sentir, impide obtener los mayores rendimientos a la concepción negativa de la acción.

Finalmente, Claus Roxin ha propugnado por un concepto personal de la acción. Sobre la definición de esta concepción, el citado autor afirma:

Un concepto de acción ajustado a su función se produce si se entiende la acción como “manifestación de la personalidad”, lo que significa lo siguiente: En primer lugar es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción²⁸, y eso falta en caso de efectos que parten únicamente de la esfera corporal (“somática”²⁹) del hombre o “del ámbito material, vital y animal del ser”³⁰, sin estar sometidos al control del “yo”, de la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano. Si un sujeto es empujado con fuerza irresistible contra la luna de una ventana, o si durante el sueño, o en un delirio o en un ataque convulsivo, el mismo golpea en torno suyo, o si reacciona de modo puramente reflejo, todas éstas son manifestaciones que no son dominadas o dominables por la voluntad y la conciencia y por tanto no pueden ser calificadas como manifestaciones de la personalidad, ni imputadas a la capa anímico-espiritual de la “persona”. Por otra parte, es evidente que los pensamientos y los impulsos de la voluntad pertenecen a la esfera espiritual-anímica de la persona, pero en tanto permanecen encerrados en lo interno y no se ponen en relación con los sucesos del mundo exterior, no son manifestaciones de la personalidad y por tanto no son acciones.³¹

Para salvar su concepto del relacionamiento con nociones como la voluntariedad o finalidad (ya desestimadas) Roxin afirma que circunstancias como la causalidad, la finalidad, el resultado o la relevancia social no pertenecen a la acción salvo que se la entienda primeramente como una manifestación de la personalidad, luego de lo cual, sí es procedente analizar tales cuestiones en sede del injusto o

28 Así ya, casi textualmente, mi definición en Radbruch-GS, 1968, 262.

29 Maiwald, ZStW 86 (1974), 635.

30 Arth. KAUFMANN, H. MAYERS-FS, 1966, 106. En cambio, MICHAELOWA, 1968, 82, califica como acción “toda manifestación humana del ser”, aunque se trate de un mero producto corporal sin participación psíquica; pero con ello se coloca la acción al mismo nivel que los efectos de la naturaleza y ya no puede cumplir su función de delimitación y de enlace.

31 CLAUS ROXIN, 2008, p. 252.

la culpabilidad. De igual modo, descarta la pertenencia del resultado a la acción, por cuanto los resultados extrajurídicos no interesan al derecho penal, en tanto los jurídicos, solo serán trascendentes en la imputación al tipo. No obstante, termina admitiendo que “en parte de las omisiones no son separables acción y tipo, de tal modo que la comprobación de la acción ha de adentrarse en el tipo”³², sin que ello “prive de valor al criterio de la manifestación de la personalidad” como elemento de enlace de la teoría del delito.

En todo caso, el denotado autor asegura que el concepto personal de *acción* es normativo porque “el criterio de la manifestación de la personalidad designa de antemano el aspecto valorativo decisivo, que es el que cuenta jurídicamente para el examen de la acción”³³. Esto no es más que una remisión a la imputación como elemento de trascendencia para determinar cuándo se realiza una acción jurídico-penalmente relevante. En efecto, rehuir a la voluntariedad, la corporalidad o la finalidad por cuanto estas únicamente tienen como elemento común que “se pueden imputar a la esfera anímico-espiritual del ser humano”, nos hace preguntarnos cuál es el verdadero sustrato de la acción. Por un momento pareciera que este se encuentra en la posibilidad de que sea imputada al autor, más allá de las consideraciones sobre su naturaleza causal, naturalista o final.

3. LA SOCIEDAD DEL RIESGO: ¿UN NUEVO PANORAMA PARA EL CONCEPTO DE ACCIÓN?

3.1. Excurso: el caso Michelle Carter

En julio de 2014, Conrad Roy III se “suicidó” inhalando monóxido de carbono al interior de su vehículo en el estacionamiento de un supermercado en Fairhaven, Massachusetts. En el curso del proceso tramitado ante una corte juvenil de ese Estado se demostró que Conrad tenía tendencias suicidas y que en varias ocasiones le había manifestado a la procesada —con quien sostenía una relación sentimental— que quería quitarse la vida, pero en realidad no materializaba esas “amenazas”. El día de su muerte, la víctima sostuvo conversaciones telefónicas y mediante chat con Michelle Carter indicándole que iba a suicidarse, pero llegado el momento dudó sobre su plan y salió del automotor cuando este comenzó a llenarse de humo. Carter le envió un mensaje ordenándole que volviera al automóvil, expresándole que “era el momento adecuado”, “que estaba listo” y que “solo tenía que hacerlo”. Conrad ingresó de nuevo al rodante donde inhaló la sustancia química hasta que falleció.

32 *Ibíd.*, p. 257.

33 *Ídem*, p. 265.

La teoría de la defensa de Michelle Carter durante el proceso —e incluso en la apelación que luego fue negada— se cimentó en que esta no desplegó acción alguna que produjera el deceso de Conrad Roy III, pues aun cuando hubiese enviado los mensajes de texto, la decisión de suicidarse únicamente correspondía a este último, quien en últimas decidió hacerlo voluntariamente y allí, en ese proceso psíquico que generó el resultado, nada tenía que ver la prenombrada. Michelle Carter fue condenada por el homicidio de su novio, pues a pesar del conocimiento sobre la situación anímica de la víctima, creó un riesgo para su vida, el cual, en lugar de disminuir o retrotraer, incrementó. Ese riesgo le era imputable aun cuando Conrad Roy III fue quien en últimas terminó con su vida por lo que, en palabras de la fiscalía, “mató a través de un mensaje de texto”.

3.2. La sociedad moderna y su relación con el derecho penal

La sociedad actual se caracteriza por los riesgos que le son inherentes por su contingencia y complejidad. Diariamente se crean y modifican relaciones intersubjetivas en los más impensables ámbitos. Ese escenario comprende una red extremadamente compleja y en constante evolución, que pone a prueba los postulados de las ciencias sociales, especialmente de la sociología y el derecho. Los últimos desarrollos de la sociología apuntan a un entendimiento puntual, la sociedad ya no puede entenderse como un objeto, no se trata de un “ente” ubicado en el espacio, sino de relaciones y, más que relaciones, de comunicación y sus formas. Este nuevo paradigma epistemológico, encabezado en gran medida por Niklas Luhmann, propugna por una intelección social fundamentada en dos conceptos esenciales: i) los sistemas y ii) su entorno. A partir de estas nociones es posible un razonamiento que trasciende las barreras de lo puramente ontológico y que construye la definición de la sociedad a partir del sentido comunicativo de las relaciones entre los sujetos y no de estos “humanamente” considerados. Lo anterior no significa que una visión sistémica de la sociedad desconozca la naturaleza del ser humano, simplemente lo entiende —adecuadamente— como parte del entorno del sistema “sociedad” y esto reevalúa, por completo, el entendimiento meramente causal de los procesos que la “conforman”.

Una tal noción de la sociedad resulta necesaria desde el posmodernismo, pues la realidad social demanda la “construcción de conceptos” que permitan reducir la alta complejidad que le es inherente y que faciliten su comprensión, y esto solo es posible por medio de una visión que la caracterice como un todo intrasistémico guiado por la autorreferenciación y la autopoiesis³⁴. Estas consideraciones pueden aceptarse con mayor facilidad si se asimila que la sociedad se rige,

34 Al respecto: NIKLAS LUHMANN. *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*. Silvia Pappe y Brunhilde Erker (trad.) bajo la coordinación de Javier Torres Nafarrate, 2.^a ed. (Barcelona: Anthropos, 1998).

indefectiblemente, por una naturaleza contingente, de tal manera, que todo desarrollo epistémico está supeditado a esa característica y por ello mismo la teoría de sistemas “no puede ser presentada como un conjunto consolidado de conceptos básicos, de axiomas y de afirmaciones coherentemente deducidos”³⁵. Reconocer estas circunstancias hará más fácil entender por qué razón el sistema del derecho, más concretamente, del derecho penal, no puede pervivir afincado en nociones que aunque otrora reportaron una gran utilidad, en la actualidad resultan insuficientes para explicarlo coherentemente, es decir, de una forma dogmática, bien sea porque continúan aferrados a la tradición causalista —aun cuando se definan como finalistas—, ora porque a pesar de un supuesto entendimiento normativista continúan poniendo su acento en un velado subjetivismo que desconoce el sentido comunicativo de la sociedad.

Como el sistema del derecho penal no puede ser una rueda suelta dentro de la sociedad, sino que su existencia está supeditada a la configuración normativa de esta y a su interrelación comunicativa, el vínculo que los une emerge incontable. La ciencia penal, y especialmente la dogmática jurídica, ha de tener como sustrato la realidad social y ello implica admitir que los riesgos actuales desbordan las concepciones tradicionales del delito, así como que la complejidad y contingencia de la sociedad claman por una teoría jurídico penal normativista que, sin desconocer que el sujeto en sí mismo considerado es parte de esta, admite que la visión debe dirigirse a lo que comunicativamente expresa a los demás, a lo social.

Esta concepción sociológica no es novedosa. En realidad, la teoría de la acción comunicativa como sustrato del relacionamiento social y manifestación de actos intersubjetivos, que según afirmó Luhmann superó, fue expuesta por Habermas de la siguiente forma:

Si partimos de que la especie humana se mantiene a través de las actividades socialmente coordinadas de sus miembros y de que esta coordinación tiene que establecerse por medio de la comunicación, y en los ámbitos centrales, por medio de una comunicación tendente a un acuerdo, entonces la reproducción de la especie *exige también* el cumplimiento de las condiciones de la racionalidad inmanente a la acción comunicativa. Estas condiciones se tornan accesibles en la modernidad -es decir, con la decentración de la comprensión del mundo y la diferenciación de distintos aspectos universales de validez- [...] (p. 506)

La subjetividad definida por la razón comunicativa se resiste a toda desnaturalización del “sí mismo” (Selbst) en aras de la autoconservación. A diferencia de la razón instrumental, la razón comunicativa no puede subsumirse

35 Cfr. LUHMANN, *op. cit.*, p. 40.

sin *resistencias* bajo una autoconservación ennegrecida. Se refiere no a un sujeto que se conserva relacionándose con objetos en su actividad representativa y en su acción, no a un sistema que mantiene su consistencia o patrimonio deslindándose frente a un entorno, sino a un mundo de la vida simbólicamente estructurado que se constituye en las aportaciones interpretativas de los que a él pertenecen y que sólo se reproduce a través de la acción comunicativa.³⁶

Es preciso señalar que los desarrollos de la sociología en términos de la teoría de los sistemas y de la acción comunicativa redundaron en la ciencia penal. La mirada se volvió al concepto social del delito y para ello era necesario no sólo desligarse de la subjetivación de la dogmática jurídico penal, sino, además, establecer criterios objetivo-valorativos adecuados para definir los comportamientos relevantes para el derecho penal.

Jakobs comprendió esa necesidad imperiosa de redirigir la estructura de la dogmática jurídico penal, de manera que construyó su teoría a partir de un entendimiento normativista de la sociedad y la persona. Con gran maestría concibió que “se debe encontrar un fundamento teórico para que el individuo sea explicado a través de lo social, esto es, para que el sujeto pueda ser construido socialmente y no entendido como ente que proyecta en derecho una subjetividad”³⁷. De esta manera, es claramente explicable por qué el derecho penal actual no puede orientarse a la psicología del individuo o su conciencia, sino al sentido comunicativo de la persona —entendida como el destinatario de expectativas y, por tanto, titular de deberes y derechos— y de su comportamiento. Solo de esta manera podrá concretar al individuo como un sujeto de imputación, establecer las expectativas adecuadas a su rol y predeterminadas por la configuración normativa de la sociedad, y en caso de que las infrinja, su acto puede considerarse una acción, por ser comunicativamente relevante para el derecho penal.

De tal forma, que la relación entre la sociedad actual y la ciencia penal no se reduce a la simple configuración de categorías ontológicas. Tal vínculo debe partir de un acento en la imputación de hechos con sentido delictivo y, en este orden de ideas, el nivel de análisis cognitivo no puede reducirse a si el autor despliega una acción u omite hacerlo, si este modifica el “mundo externo” y si se representó como un fin la comisión del delito. La acción no es hacer o no hacer, sino un concepto valorativo que ha de construirse a partir de la configuración normativa de la sociedad con miras a permitir que la persona sea considerada como sujeto

36 HABERMAS, 1998, p. 507.

37 EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT y JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES. *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006), 9.

de imputación y concretar posteriormente “en un segundo momento, un juicio de imputación”³⁸.

Ese juicio de imputación, se insiste, surge de la estructura normativa de la sociedad, es decir, de la forma en que los individuos se interrelacionan a través de un lenguaje comunicacional basado en expectativas generalizadas. En ese sentido, el concepto de acción se nutre de la propia imputación de los hechos con sentido, que pueden desplegar las “personas”. Sobre el tema Montealegre y Perdomo aseguran:

La elaboración del concepto de acción con base en la comunicación implica que es relevante *el esquema social de interpretación del suceso*, porque si las normas son “estructuras reflexivas”, la relación de comunicación siempre se define por el contexto. Las conductas se determinan de acuerdo a la expectativa de expectativas, es decir, sobre expectativas recíprocas: yo realizo mi conducta de acuerdo a lo que los otros esperan de mí. Esto significa que si la representación del sujeto, que considera ilícita una determinada conducta, no coincide con la concepción racional que la sociedad le da a la misma, esta no es objeto de imputación objetiva.³⁹

En tal sentido, se insiste, el acento se dirige hacia la imputación en la medida que únicamente los comportamientos que expresan un significado contrario a la configuración normativa de la sociedad son imputables objetivamente y, por ende, penalmente relevantes. Se trata de hechos con un sentido delictual definido a partir de las expectativas socialmente aceptadas, los roles y deberes que competen a las personas individualmente consideradas. Ese ejercicio de imputación no es otra cosa que comunicación y es en ese contexto que debe definirse la acción. Al respecto Quintero refiere:

Presentadas todas estas conclusiones, si queremos ser coherentes con lo antes señalado, no podemos sino afirmar que *el delito es comunicación*. Es decir, el delito no es un suceso natural, un acontecer disvalioso entre seres humanos, entre sistemas psicofísicos; tampoco es “acción social” —en el sentido de la sociología clásica—. El delito es un proceso de comunicación entre personas, una expresión de sentido que se da entre estructuras normativas y en un determinado contexto social. El delito es una expresión de sentido que importa una perturbación social y una contradicción a la norma.⁴⁰

38 *Ibíd.*, p. 23.

39 PERDOMO, 2006, p. 47.

40 QUINTERO, 2007, p. 164.

3.3. La acción como un hecho con sentido delictivo

Si como se ha dicho, la realidad social y el derecho penal están vinculados estrechamente a manera de entorno-sistema y la dogmática jurídico penal no puede ser ajena a esa relación ni desconocerla, debemos abandonar los criterios ontológicos y causales para definir el concepto de acción en la ciencia penal. De igual modo, replantear la idea arraigada de que solo puede llamarse acción a lo que proviene de la psique del autor como una manifestación de su personalidad.

Es incontrovertible que el derecho penal solo puede sancionar conductas cometidas con culpabilidad, pero ese no es el argumento central para definir cuándo un determinado comportamiento puede considerarse acción para la dogmática jurídico penal. La perspectiva social, funcional y normativista de la más reciente y autorizada ciencia del derecho penal permite explicar la acción sin necesidad de acudir a nociones puramente subjetivistas. En efecto, si la sociedad no es un objeto ni una aglomeración de individuos, sino una “red” de actos comunicativos con un sentido específico, la ciencia jurídica no puede tener un sustrato diferente para la definición de la conducta que la propia comunicación sistémica.

De esta manera, solo será acción, en términos del derecho penal, el acto que comunicativamente expresa un sentido delictivo ínsito que pone en duda la vigencia normativa de la sociedad y, de contera, desconoce —cuando menos— el deber general de fidelidad al ordenamiento jurídico. Tal noción se ha de establecer a partir de las expectativas y normas sociales, de los roles del autor —que también se establecen normativamente— y, por ende, de las posiciones de garantía que surgen de los deberes negativos y positivos propios.

Tal intelección permite excluir, como acciones relevantes para el derecho penal, los actos reflejos, los casos de cursos naturales insuperables —fuerza mayor o caso fortuito— y, en general, aquellos eventos en los cuales no puede considerarse que ha existido una conducta penal. Ciertamente el individuo que obra mediante un acto reflejo, generando la muerte de otro no despliega un comportamiento que comunicativamente pueda entenderse como delictivo; por tanto, no puede hablarse ni siquiera de la existencia de una acción. Si el derecho penal solo se ocupa de los “comportamientos” que lesionan o efectivamente ponen en peligro bienes jurídicos —asumiendo que existen bienes distintos a la vigencia de la norma—, no resulta lógico que se encargue de hechos que no ostentan ningún sentido delictivo, por la sencilla razón de que el agente no está expresando una rebeldía a la configuración normativa de la sociedad. Menos aún es posible entender que en términos normativos existió una acción. En otras palabras, no puede hablarse de una acción porque, aunque fortuitamente el acto reflejo ocasionó el curso que deriva en el resultado, esta no es una condición determinante que pueda ubicarse en el contexto de acciones socialmente relevantes.

En este nivel de análisis cobran importancia, como se ha expuesto a lo largo del texto, las expectativas generalizadas por la configuración normativa de la sociedad en la medida que estas constituyen la estructura de lo que es una acción con significación delictual para determinado sistema intersubjetivo. En este sentido, Polaino Navarrete señala:

Si la polémica entre ontologismo y funcionalismo ya no se encuentra en un primer plano de la discusión en torno al concepto de acción, entonces cabe preguntarse, como indica el título de esta disertación, ¿qué es lo que queda del concepto de acción en la moderna Dogmática jurídico penal? La respuesta a este interrogante la constituye otro debate doctrinal, que puede resumirse en la diatriba “*protección de expectativas*” frente a “*orientación de conductas*”, planteada por el sociólogo Luhmann en uno de sus más conocidos trabajos a principios de los años 70, e importada al debate penal, con sugerentes aportaciones propias por el profesor Jakobs⁴¹.

En efecto Luhmann y Jakobs han tratado de oponer, de manera más o menos decidida, una función de la norma cifrada en la institucionalización de las expectativas sociales a otra función de la norma cifrada en la orientación de conductas. A mi juicio, dicha contraposición no es plenamente convincente, pero el debate generado en torno a ella resulta interesante y se encuentra en primer plano de la actualidad. En mi concepción, la norma no es un mecanismo imperativo para imponer conductas (y en esa pérdida del imperativismo creo que a la concepción funcionalista le asiste plena razón), sino un instrumento que constituye un modelo de *orientación social*, al plasmarse en él las *expectativas socialmente protegibles* [...]

[...] Yo defiendo personalmente un concepto funcional-social de acción, en el que la naturaleza ontológica o normativa se halla en un segundo plano, y en el que el aspecto de la socialidad es plenamente constitutivo. Si un sujeto viviera aislado de manera absoluta del mundo social, en una isla perdida, y cometiera un delito, por ejemplo, de hurto, no sería necesario combatir esa conducta. El delito contra la propiedad (el hurto o el robo) exige la existencia del derecho de propiedad, y éste es un derecho *social*,

41 Exhaustiva información al respecto en JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ. “¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas”, en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y la criminología* (Madrid: UNED, 2001), 559 y ss. (también en ÍD. *Normas y acciones en derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi y Depalma, 2003, pp. 15 y ss.); ÍD. “¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de acción?”, en JOSÉ LUIS DIEZ RIPOLLÉS, CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, LUIS GRACIA MARTÍN y JUAN FELIPE HIGUERA GUIMÉRÁ (eds.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Dr. Don José Cerezo Mir* (Madrid: Tecnos, 2002), 977 y ss. (también en ÍD. *Normas y acciones en derecho penal*, cit., 2003, pp. 43 y ss.).

o por mejor decir *personal-social*: esto es *interpersonal*. Ello quiere decir que ese derecho lo disfruta una *persona*, pero existe por *convención social*. La acción penalmente relevante es un atentado contra esa convención.⁴²

Por manera que, el concepto de acción en la ciencia penal actual no se encuentra ligado al sujeto, a su intención o a su centro anímico-espiritual, sino a la estructura social. El enfoque parte de la regulación generalizada de lo que es “conforme al derecho” en determinado contexto sociológico, de acuerdo con lo que los sujetos esperan comunicativamente de los demás. La expresión del sentido de sus actos se pone de relieve en cuanto se entrelaza con su entorno colectivo y lo que es “importante” para este. La acción cobra valor porque es imputable objetivamente en la medida que pone en entredicho el discurso comunicacional de su entorno, de su ambiente y de los sistemas sociales. Es irrelevante que el hecho esté sometido al control del “yo” o que solo sea una expresión del centro “somático” del individuo, porque su significación delictual no surge de las condiciones individuales de la persona; por el contrario, emerge de la expresión del sentido a través del prisma de las expectativas dignas de protección según considere el conglomerado. Un acto reflejo que produce un resultado lesivo no expresa nada en términos del derecho penal, pues no pone en entredicho la vigencia de la norma como estabilizadora de expectativas sociales.

Nótese que, como lo indica Jakobs, en esta disquisición no se acude a la psicología ni a la conciencia colectiva, por cuanto la acción surge de la configuración de la sociedad. En este orden de ideas, un concepto personal de acción, como “manifestación de la personalidad” del autor se desvanece ante la esencia social del ser humano. En verdad que llamar acción a lo que puede atribuirse al individuo como “centro anímico-espiritual” no es necesario para desestimar los casos de hechos de la naturaleza o de la esfera “somática” del autor. Como lo refieren algunos autores⁴³, la acción no debe buscarse “antes” de la sociedad sino “dentro” de esta. Tampoco en casos de meros pensamientos puede hablarse de una acción y ello se explica fácilmente en la ausencia de expresión comunicativa de estos sin que deba acudir a posturas psicologicistas para explicar la ausencia de acción.

De igual modo, la perspectiva desde la que se viene haciendo alusión resulta más lógico y jurídicamente coherente la explicación de la omisión penalmente relevante. Es más, el concepto personal de acción de Roxin debe admitir que para la construcción de la omisión es necesario acudir a un elemento normativo: “la

42 POLAINO NAVARRETE, 2007, pp. 223-225.

43 En este sentido MONTEALLEGRE LYNETT y PERDOMO TORRES. *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006), 47. Asimismo, GÜNTHER JAKOBS. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), 2.^a ed., (Madrid: Marcial Pons, 1997), 156 y ss.

expectativa de acción”. Esa necesidad surge del hecho incontestable de que una omisión nunca podrá ser una manifestación de la personalidad del autor, por la potísima razón de que se caracteriza porque no existe expresión “anímica” alguna. En contraste, la omisión puede ser perfectamente clasificada como un hecho con sentido delictivo individualmente evitable por la posición de garantía del autor. Así pues, “actúa” omisivamente quien de acuerdo con su rol y las expectativas y deberes que surgen de este, deja de hacer el acto “esperado” con independencia de su voluntad personal. Emerge palmario, entonces, que lo que Roxin ha establecido como acción personal al momento de definir la omisión no es una cosa diferente que un acto comunicativamente delictivo y allí nada tiene que ver el centro anímico del ser humano.

En verdad que no tiene sentido hablar de una acción personal para luego verse en la imperiosa necesidad de acudir a criterios normativos como las expectativas y las posiciones de garantía para explicar la omisión. Tal situación deja en evidencia la inconsistencia de la teoría personal de la acción, por lo menos, como elemento de enlace o unión de la teoría del delito. Pero más trascendente aún, como se precisó al inicio de este trabajo, la dogmática jurídico penal no puede seguir aferrada a una noción individualista de la acción. El ser humano, individualmente considerado, expresa su razón de ser en la sociedad, en los actos que despliega con un sentido comunicativo, y por ello, al derecho penal solo deben interesar los hechos a través de los cuales cuestiona la configuración social.

En algún momento, esto implica desconocer al individuo en su humanidad. Quienes critican una concepción normativista de la acción aseguran que la “objetivización” de la acción desconoce que el hombre solo puede ser penalmente responsable de las acciones que le pueden ser atribuidas porque las realiza de forma voluntaria. Cuando no se razona de esta forma, se dice, se desconoce el fundamento del derecho penal de acto y el principio de culpabilidad. Tales asertos surgen del indebido entendimiento de lo que es una estructura sistémica de la sociedad. Figurarse una realidad social configurada a partir de los actos con sentido comunicativo no es desconocer que el individuo hace parte del entorno del sistema social, sino comprender que como este es un sistema cerrado no se configura a partir del individuo, pero, en todo caso, lo tiene en cuenta y no puede desconocerlo.

Lo subjetivo es lo relativo al sujeto, no a la psique o el alma de este. Ciertamente debe reconocerse que la acción parte de la reivindicación del ser humano, pero ello se logra a partir de una resignificación del concepto de persona como titular de deberes y derechos y por ello, pasible de imputación. En esa tónica, si el sistema de derecho penal solo se ocupa de los hechos o actos con un significado y un sentido relevantes para este, porque pretenden modificar la configuración normativa de la sociedad, no puede hablarse de una concepción que entronice en mayor medida al ser humano. Se le dota de la capacidad de comunicar, pero no de

comunicar de cualquier manera, sino a través de un código que resalta el sentido de sus actos, es decir, su libertad.

En efecto, una concepción, como la que se expone en estas breves páginas, reconoce que el ser humano tiene, en sus manos, el gran don de la libertad. Se acepta al hombre libre. Ello implica admitir, también, la existencia de deberes que permiten estructurar las expectativas —normativas— que los demás pueden esperar de él y, de contera, las normas vigentes de la sociedad. Perdomo Torres lo explica adecuadamente en los siguientes términos:

En la actualidad, se reconoce como uno de los pilares fundamentales de la idea de derecho, la libertad que tiene la persona para desarrollarse y moverse en sociedad, libertad de configurar su ámbito de actuación siempre que no dañe a los demás. Es la concreción de significado negativo de la definición de derecho de Kant⁴⁴, quien aceptó de las Instituciones de Justiniano, el precepto del derecho *alterum non laede*, pero bajo la redacción *neminem laede*⁴⁵, que hace relación al principio del derecho romano de no causar daño a los otros. Esto se manifiesta en Hegel, en el p. 36 de los Fundamentos de la Filosofía del derecho. Todos, por ser personas en derecho, esto es, por ser portadores de deberes y derechos, debemos respetar a los demás también como titulares de éstos. De esta manera, el deber negativo, el deber de no entrometerse en las esferas ajenas, de no lesionar los derechos ajenos, implica, a su vez, algo positivo, el reconocimiento del otro como persona⁴⁶. De igual forma, ese respeto que exige el filósofo alemán, debe entenderse acorde con la libertad como principio básico del derecho; lo que está en juego es la posibilidad del ejercicio de libertad normativa, es decir, aquella limitada por los intereses jurídicos de los demás.⁴⁷

Que la configuración de la acción en sentido penal se estructure a partir de expectativas de comportamiento en lugar de difuminar la importancia del ser humano, la acentúa, pues lo que es relevante para el derecho penal se establece a partir de lo que la persona “debe ser” en perspectiva de su rol y el ejercicio de su libertad. De igual modo, no acudir a criterios psíquicos individuales para establecer la existencia de la acción no significa desechar la importancia del individuo, sino

44 KANT. *La metafísica de las costumbres* (trads. Adela Cortina y Jesús Conill Sancho) (Madrid: 2002).

45 CARLOS PÉREZ DEL VALLE. *Estudios de filosofía política y del derecho penal* (Bogotá: 2004), 15.

46 JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES. *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, pp. 82 y ss.; SÁNCHEZ-VERA. *Delito de infracción de deber y participación delictiva* (Madrid: 2002), 83 y ss.; JAKOBS. *Acción y omisión en derecho penal* (trads. Luís Carlos Rey y Javier Sánchez-Vera) (Bogotá: 2000), 13; ÍD. *Injerencia y dominio del hecho* (trad. Manuel Cancio Meliá) (Bogotá: 2001), 9 y ss.

47 PERDOMO TORRES, 2009, pp. 40 y ss.

integrarla coherentemente a lo que de él esperan los demás, la sociedad. Ese ejercicio solo es posible, se insiste, desde la determinación de la configuración de cada sociedad y los códigos de comunicación significativa que la rigen.

Aunado a lo anterior, pensar en un hecho con sentido comunicativo-delictivo como fundamento de la acción cumple, también, con la función de ser elemento básico de la teoría del delito. Así pues, engloba explicación racional tanto para los comportamientos dolosos como los imprudentes, los de acción y omisión y sirve de filtro, como ya se indicó, para los que ni siquiera pueden considerarse acciones para el derecho penal. En realidad, esta concepción podría entenderse como la unión entre la teoría social y negativa de la acción que ya fueron expuestas. Se trata de una noción que surge al interior de la sociedad y, a su vez, como manifestación de la libertad normativa del individuo. Favorece la construcción de una dogmática adecuada a la realidad social actual y con ello cumple con las finalidades y pretensiones científicas de esta. Así mismo, deja atrás conceptos ontológicos, causalistas y subjetivistas que no permiten explicar a cabalidad el delito desde una perspectiva de la sociedad de una sociedad riesgosa y contingente.

Por otra parte, algunos autores⁴⁸ aseguran que razonar en el sentido en que se viene haciendo significa integrar a la acción elementos ajenos a esta —entiéndase la culpabilidad—, empero, en realidad esto no trastoca la coherencia lógica del concepto. Si el ser humano solo puede responder penalmente por la atribución de actos cometidos con culpabilidad, es necesario concluir que lo que interesa al derecho penal es una acción culpable y esto debe establecerse desde los primeros fundamentos de la teoría del delito. Para evitar las disquisiciones de si quien se comporta inculpablemente —inimputable o el inmerso en un error de prohibición insuperable— ha actuado, Jakobs acude a un razonamiento de gran lucidez:

detrás de la norma de comportamiento hay otra norma (ésta, sin embargo, no tiene que ser cognoscible) con el siguiente tenor: ¡no seas culpable! Sólo quien vulnera la norma de comportamiento siendo responsable, esto es, siendo culpable, vulnera esta norma, y en esta vulneración de la norma es en donde cristaliza la finalidad de la pena, porque es esta vulneración de la norma la que constituye la lesión de la vigencia de la norma.⁴⁹

Bajo tal intelección, la acción no puede ser un mero concepto vacío, sino que debe integrarse adecuadamente con la capacidad de culpabilidad del individuo,

48 CLAUS ROXIN. *Problemas básicos del derecho penal* (trad. Diego Manuel Luzón Peña) (Madrid: Ed. Reus, 1985), 200. En el mismo sentido, JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS. *El derecho penal español. Parte General*, 3.^a (Madrid: Ed. Dykinson, 2002), 909.

49 JAKOBS GÜNTHER. *El concepto jurídico penal de acción* (trad. Manuel Cancio Meliá) (Bogotá: 1998), 44 a 48.

no de otra forma se reconoce su libertad. En ese orden de ideas el inimputable que no obra responsablemente, no actúa para efectos penales, pues no desconoce la norma —no cognoscible— que le impone no ser culpable, en otras palabras, no produce un hecho comunicativamente delictivo que cuestione la vigencia de la norma. Esto se explica porque su proceder estará vinculado a situaciones cognitivas —no normativas— que no comunican en sentido delictual. El enfermo mental no actúa de forma penalmente relevante porque su enfermedad excluye la existencia de sentido comunicativo en su actuación. Igual sucede en los casos del error de prohibición invencible, porque el que obra con la convicción de que su comportamiento es ajustado, no lesiona la denotada norma tácita y si no la lesiona no puede comunicar su intención de configurar una realidad social diferente a la que lo supedita.

La acción como hecho comunicativamente culpable estremece los rudimentos tradicionales de la teoría del delito, pero ello no significa que esa mera situación revele una incoherencia dogmática o sistémica. El delito es uno. Aunque la ciencia jurídica se ha esforzado por establecer un esquema que permita su análisis racional, esto no implica que el estudio “escalonado”, que hasta hace poco se aceptaba, sea inamovible y menos aún puede caerse en el error de que la conducta punible ostenta esa naturaleza compartimentada. El estado actual de la sociedad demanda una redirección de la ciencia penal y ello solo es posible entendiendo que la dogmática jurídico-penal ha de ser dúctil y que los postulados que sustentan el análisis del delito no pueden ser pétreos. Por ese motivo, es imperativo volver la vista a los desarrollos normativistas y sistémicos que la doctrina ha venido desarrollando para dotar de un mayor cariz científico a la dogmática jurídica.

3.4. Brevísima reflexión final: ¿acción o imputación?

El concepto de *acción* expuesto a lo largo de este trabajo plantea un interrogante de suma transcendencia: ¿el énfasis de la dogmática jurídica puede continuar puesto en la noción de *acción*? Si la doctrina ha venido estableciendo cierto consenso en que la teoría del delito se estructura a partir de criterios normativos y no ónticos ni causales, vale la pena pensar si estos nos redirigen a los esquemas de imputación como piedra angular del comportamiento delictual. No sobra reflexionar sobre la posibilidad de que el juicio de imputación englobe muchas de las categorías que hasta ahora consagra la teoría del delito. Algunos autores⁵⁰ han propuesto la construcción de una teoría bipartita del delito, precisamente, porque

50 BERND SCHÜNEMANN. “El propio sistema de la teoría del delito”, *Revista InDret* 1/2008 (2008): 14 y 15. De igual modo, CÉSAR A. SANDOVAL MOLINA. “El delito: mera tipicidad y antijuridicidad”, *Revista Criterio Jurídico*, vol. 10, n.º 1 (2010): 115-152. SANTIAGO MIR PUIG. *Derecho penal. Parte general*. 8.ª ed. (Barcelona: 2006), 138-152. JUAN BUSTOS RAMÍREZ. *Manual de derecho penal. Parte general*. 3.ª ed. (Barcelona: Ariel, 1989), 155. JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2.ª ed. (Buenos Aires: Editorial BdeF, 2012), 374.

la imputación objetiva —y sus desarrollos teóricos— permiten explicar suficiente y coherentemente el acto penalmente relevante.

El debate es actual y no existen posturas pacíficas, empero el entendimiento de la acción como un concepto normativo configurado por el sentido comunicativo de un hecho, apuntalado en la libertad del individuo y por tanto en sus deberes, y pasible de culpabilidad podría permitir un avance en el desarrollo de esta cardinal cuestión teórica. No es el objeto del presente trabajo, por lo que solo se trata de un llamado a la discusión teórica que enriquezca nuestra propia dogmática jurídica.

3.5. Epílogo

Enviar un mensaje de texto no es “matar”. Los entendimientos tradicionales de la teoría del delito no permiten resolver el caso de Michelle Carter, por cuanto aquella en momento alguno desplegó una acción final o personal para terminar con la vida de su novio; más aún, la decisión de volver a su automóvil y aspirar monóxido de carbono hasta su fallecimiento “únicamente” recaía en la víctima. Carter no envió el mensaje de datos como una acción dirigida finalmente a la muerte de Conrad III y si así lo fuera los medios seleccionados dejan mucho que pensar. Su proceder puede catalogarse como una expresión de su personalidad anímica, pero ello no basta para concluir por qué mandar un texto es una acción penalmente relevante.

A esta última conclusión teórica solo es posible arribar una vez se entiende que el hecho “enviar un mensaje” expresaba, en un sentido comunicativo, precisamente “matar”. Esto es así, porque la libertad de Carter le imponía, primeramente, el deber de fidelidad al derecho y, luego, el de no lesionar los derechos de los demás. Para concluir que actuó de forma penalmente culpable basta con acudir a la expectativa de comportamiento —socialmente regulada— que le era exigible cuando su compañero sentimental, asustado, la llamó para decirle que dudaba sobre su decisión de suicidarse. Allí cobra especial relevancia la posición de garantía en cabeza de Carter, debido a sus deberes positivos y, especialmente, la rebeldía contra la norma de “no ser culpable”.

Todos estos elementos integran el sentido delictivo del “mero hecho” de enviar un mensaje de texto y, por esta razón, no es posible catalogarlo como un “acto” sin relevancia penal. Allí no bastan consideraciones psíquicas sobre la voluntad de la procesada ni si la conciencia colectiva dictaba un mandato de evitabilidad individual, pues visto su comportamiento desde la configuración normativa de una sociedad que impide matar, no es el medio seleccionado lo que determina la acción, sino la manifestación clara de la displicencia por la vida del otro y la afirmación de que la norma no rige su comportamiento porque ella concibe una realidad social en la que matar es permitido.

Si no se percibe ese hecho como una comunicación con sentido delictivo, solamente puede colegirse que Michelle Carter envió un mensaje que no guarda relación causal con el resultado muerte, pues este estaba supeditado a la voluntad de la víctima. Esto no es lo que dicta la justicia material, que en cierto modo también debe guiar los desarrollos de la dogmática jurídica. Establecida la relevancia penal de ese hecho, posteriormente, criterios como la creación de riesgos desaprobados, la prohibición de regreso, el principio de confianza, la responsabilidad penal por injerencia, etc., todos colmados de expresiones normativas, permiten atribuirle la responsabilidad por ese hecho comunicativo, es decir, imputarle un homicidio a una persona que “lo único que hizo fue enviar un mensaje de texto”.

BIBLIOGRAFÍA

BERNAL GÓMEZ, BEATRIZ. *Historia del derecho*. 1ª ed., México, D.F., Nostra Ediciones, 2010.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Manual de derecho penal. Parte General*. 3.ª ed., Barcelona, Ediciones Ariel, 1989.

CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN. *El derecho penal español. Parte general*. 3.ª ed. Madrid, Dykinson, 2002, p. 909.

FERNÁNDEZ LECCHINI, JUAN C. *La concepción del delito de la antigüedad a la actualidad. Líneas generales*. Uruguay, Universidad de la República, 2017.

FRISCH, WOLFGANG. “Dogmática jurídico penal afortunada y dogmática jurídico penal sin consecuencias”, en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Francisco Muñoz Conde (coord. Versión española), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Fundamentos liberales y sociales del derecho Penal*. 2ª ed., Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2018.

GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *La dogmática jurídica como ciencia del derecho. Sus especies penal y disciplinaria. Necesidad, semejanzas y diferencias*. 2.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Neurociencias y derecho. Reflexiones sobre la cognición social, el libre albedrío, la dignidad humana, la culpabilidad y la prueba novel*. 2.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

HABERMAS, JÜRGEN. *Teoría de la acción comunicativa I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Manuel Jiménez Redondo (trad.), España, Editorial Taurus Humanidades, 1998.

JAÉN VALLEJO, MANUEL. *El concepto de acción en la dogmática penal*, Madrid, Editorial Colex, 1994.

JAKOBS, GÜNTHER. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (trad.), 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, GÜNTHER. *El concepto jurídico penal de acción*, Manuel Cancio Meliá (trad.), Bogotá, 1998.

KINDHÄUSER, URS. *Acerca del concepto jurídico penal de acción. Cuadernos de Derecho Penal*, n.º 7 (2012), pp. 11-41.

La Biblia. Edición Reina Valera 1960, capítulo 4, versículos 1-13.

LUHMANN, NIKLAS. *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*. Silvia Pappé y Brunhilde Erker (trad.), bajo la coordinación de Javier Torres Nafarrate, 2.ª ed., Barcelona, Editorial Anthropos, 1998.

MAURACH, REINHART. *Derecho penal parte general I. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson (trads.), traducción de la 7.ª edición alemana, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994.

MERKEL, ADOLF. *Derecho penal. Tomo primero*, P. Dorado (trad.), Madrid, Editorial La España Moderna, 1906.

MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho penal. Parte general*. 8.ª ed., Barcelona, Editorial Reppertor, 2006.

MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO y PERDOMO TORRES, JORGE FERNANDO. *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

PERDOMO TORRES, JORGE FERNANDO. *Estudios penales a partir de libertad y solidaridad*, Bogotá Universidad Externado de Colombia, 2009.

PERDOMO TORRES, JORGE FERNANDO. *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

POLAINO NAVARRETE, MIGUEL. *¿Qué queda del concepto jurídico-penal de acción en la dogmática actual?* Derecho penal y sociedad, estudios sobre las obras de

Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación. Tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

QUINTERO, MARÍA ELOÍSA. *Acción, comunicación e injusto penal*. Derecho penal y sociedad, estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación. Tomo I, Bogotá Universidad Externado de Colombia, 2007.

RODRÍGUEZ YAGÜE, CRISTINA (coord.). *Curso de derecho penal. Parte general*, 1.^a ed., Barcelona, Ediciones Experiencia S.L, 2004.

ROXIN CLAUS. *Derecho penal parte general*. Tomo I, Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal (trad. y notas), Madrid, Civitas Ediciones, 2008.

ROXIN, CLAUS. *Problemas básicos del derecho penal*. Diego Manuel Luzón Peña (trad.), Madrid, Ed. Reus, 1985.

SANDOVAL MOLINA, CÉSAR A., “El delito: mera tipicidad y antijuridicidad”, *Revista Criterio Jurídico*, vol. 10, n.º 1, 2010.

SCHÜNEMANN, BERND. “El propio sistema de la teoría del delito”, *Revista InDret* 1/2008, Barcelona, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2.^a ed., Buenos Aires, Editorial BdeF, 2012.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017.

WELZEL, HANS. *Derecho penal. Parte general*, Carlos Fontán Balestra (trad.), Buenos Aires, Roque de Palma (ed.), 1956.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. “Acerca del concepto finalista de la conducta en la teoría general del delito”, *Nuevo Foro Penal* 12 (16), pp. 979-994, <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4521>.

ZAMBRANA MORAL, PATRICIA. “Rasgos generales de la evolución histórica de la tipología de las penas corporales”, *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, XXVII n.º 17, 2005, pp. 197-229.