

y de la condena de ejecución condicional, tal conducta importa una sanción teórica sin consecuencias prácticas desde el punto de vista penal para el autor; ya en el campo civil el asunto tendrá repercusiones patrimoniales en el derecho hereditario por ejemplo.

LA ACTIVIDAD MEDICA

La actividad médica debe analizarse y ubicarse dentro de estos planteamientos generales, pero además, recordando que la finalidad de la atención médica es fundamentalmente la curación y restablecimiento del paciente cuando ello es naturalmente posible, sin que sea un fin médico el mantenimiento de la vida artificialmente en condiciones precarias y con procedimientos heróicos; en tales casos lo lícito es aliviar al paciente, así el alivio acorte la vida siendo también admisible la denominada DISTANASIA entendida como la omisión de algo que prolonga la vida y dejar que la naturaleza obre, pues no se puede olvidar que la muerte también hace parte de la terapéutica médica.

EL CONCEPTO DE ACCION PENAL

ALBERTO SUAREZ SANCHEZ

1. INTRODUCCION

El entendimiento de la estructura del delito puede partir de una dogmática que o prescinda de un especial concepto de acción o encuentre necesario definir que deba entenderse por acción antes de entrar a las categorías jurídicas del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad). Quienes optan por lo primero, no creen posible elaborar un concepto de acción que se anteponga a los elementos del delito, o creen que si es posible tal construcción, por su abstracción y excesiva generalidad, no sirve para nada o tiene poca importancia teórica, careciendo por completo de utilidad práctica¹.

Intentaremos una definición de acción, buscando con ello no colocarla como un concepto superior, sino relieves sus características y asignarle las funciones que ha de cumplir como limitadora (reductora), al vincularse con la tipicidad y la antijuridicidad, pues no es posible referirla a la culpabilidad porque ésta, téngase como un juicio de reproche -tal como lo hacen los neoclásicos y los finalistas-, o como un límite a la actividad punitiva del Estado, sólo ha de estar vinculada al sujeto que actúa, pues la culpabilidad se predica del agente y no de su acción.

Antes del ejercicio intelectual en procura de dicha definición, conviene hacer un recorrido por los distintos esquemas del delito, pues no fue de la noche a la mañana, como por arte de magia, que apareció la fórmula tripartita del delito como acción típica, antijurídica y culpable (la que recoge nuestro C.P. en el art 3), en cuyo forjamiento el concepto de acción ha desempeñado importante y determinante rol, tal como lo veremos seguidamente.

2. LOS DIVERSOS ESQUEMAS DEL DELITO

2.1 EL CAUSALISMO NATURALISTA

Con un supuesto naturalista, Von LISZT y BELING, elaboran la teoría del delito, orientados por un esquema de autonomía, al mostrar las características de aquel como elementos independientes y perfectamente deslindables. En el primer peldaño

¹Profesor de derecho penal de la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

¹Cfr. ROXIN, Claus. Problemas Básicos del Derecho Penal. Trad: Diego-Manuel Luzón P. Reus : Madrid, 1976. p. 85.

está la acción y en los restantes la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad². Este esquema, también llamado clásico, concebía los elementos del delito de manera objetiva, de una parte, y subjetiva de la otra. Lo objetivo estaba integrado por la acción, la tipicidad y la antijuridicidad, mientras que lo subjetivo lo constituía la culpabilidad.

La acción es considerada como un hecho de la naturaleza, siendo suficiente un movimiento corporal adobado de un fragmento de voluntad humana que se concreta en un simple impulso. Esto, porque el sistema LISZT - BELING se identifica con el naturalismo-causalista, ya que LISZT nutre su pensamiento científico-jurídico, de las ciencias de la naturaleza, como consecuencia de su adhesión a las tesis del positivismo naturalista, definiendo la acción como "una mutación del mundo exterior", porque "el resultado debe ser causado (provocado) por un movimiento corporal; el movimiento corporal y el resultado deben estar en relación de causa a efecto (en relación de causalidad)³". Da Von LISZT a la acción tres características: la manifestación de una voluntad, el resultado y la relación de causalidad. Esa forma de definir la acción como un fenómeno natural, cimentada sobre un proceso causal, fue lo que le valió la denominación de esquema causalista-naturalista.

Esta acción es la que le da vida al tipo y le da un contenido objetivo a la tipicidad, poniéndola a cumplir una función descriptiva, desprovista por completo de elementos valorativos y subjetivos, o sea que es algo "incolore" y "como un fantasma sin sangre" (BELING), a la cual sólo le importa la existencia del resultado como consecuencia de la acción, y el nexo entre ésta y aquel (la relación de causalidad). La valoración de esta acción (como simple proceso causal, como simple proceso de la naturaleza), le corresponde exclusivamente a la antijuridicidad, siendo, entonces, ésta (la antijuridicidad) un elemento objetivo-valorativo, que no tiene en consideración aspecto subjetivo alguno. Así lo entendía BELING: "Del sentido de las amenazas penales del Estado se deduce que aquellas solamente valoran conducta antijurídica, es decir, aquella que está objetivamente en contradicción con el orden jurídico del correspondiente Estado"⁴.

² Para una mejor información sobre la exposición sistemática de la evolución de la acción en los diversos esquemas del delito puede consultarse los siguientes trabajos: FONTAN BALLESTRA, Carlos. La Misión de garantía del Derecho Penal. Depalma: Buenos Aires, 1950. CORDOBA RODA, Juan. Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista. Ariel: Barcelona, 1963. JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Trad. S. Mir y F. Muñoz C. Tomo I. Bosch: Barcelona, 1981. p. 271-286. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Ediar: Buenos Aires, 1981. En nuestro medio jurídico: AGUDELO BETANCUR, Nodier. Diversos contenidos de la estructura del Delito. Revista Nuevo Foro Penal. No. 1. Medellín, 1978. FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal Fundamental. 2 ed. Vol. I. Temis, 1980. p. 204 y ss.

³ Von LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal. Trad. Luis Jiménez de Asúa. Tomo II. Reus: Madrid, 1917. p. 292.

⁴ Vori BELING, Ernst. Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del delito-tipo. Trad. Sebastián Soler. Depalma: Buenos Aires, 1944. p. 21 y 22.

En cuanto al contenido de la voluntad se produce una escisión de la misma porque en la acción típica queda el simple impulso, la simple voluntariedad, pues aclaraba BELING que "Debe entenderse por acción un comportamiento corporal (fase externa, objetiva de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular, voluntariedad), (fase interna, subjetiva de la acción); ello es, un "comportamiento corporal voluntario", consistente ya en un hacer (acción positiva), ello es, un movimiento corporal, por ejemplo, levantar la mano, movimientos para hablar, etc., ya que en un no hacer (omisión), ello es, distensión de los músculos"⁵, mientras que en la culpabilidad se acredita la relación subjetiva-psicológica entre el sujeto y el hecho típico y antijurídico mediante el dolo y la culpa, convirtiéndose la culpabilidad en el aspecto subjetivo del delito o sea en la "colaboración", y la "sangre". La culpabilidad es un fenómeno síquico: "es la relación subjetiva entre el acto y el autor", decía LISZT⁶. Se agotaba la culpabilidad en el dolo y la culpa, pues éstos son sus formas o grados.

Para constatar la tipicidad de la acción no es necesario preguntar qué quiso en últimas el sujeto, basta establecer que éste quiso actuar (disparar el arma de fuego, por ejemplo), porque en esta sede se reclama un mínimo de actividad síquica, ya que el contenido mismo de la voluntad importa indagarlo y constatarlo en el terreno de la culpabilidad. Así, cuando alguien dispara y produce la muerte de otro, sólo se pregunta si el agente quiso disparar o no, es en la culpabilidad en donde se indaga si tuvo voluntad de herir, o de matar, o de intimidar, o de disparar al aire, etc. Esa voluntariedad se descarta con la existencia de una situación de total inconsciencia o de una vis absoluta (fuerza física absoluta).

En este esquema aparece la acción como un concepto superior, atribuyéndosele un doble papel: limitador, porque lo que no es acción nada importa en el sistema LISZT-BELING, y el de piedra angular o concepto fundamental de la construcción dogmática, pues es el eje alrededor del cual giran los demás elementos: acción típica y acción antijurídica. A las otras características del delito se les asigna, igualmente, el papel de delimitar (mediante un proceso reductor) el espacio de la acción. El injusto (como concepto que abarca a la acción típica y a la antijurídica), es de contenido objetivo, porque comprende tanto a lo objetivo-descriptivo de la tipicidad, como a lo objetivo-valorativo de la antijuridicidad, reservándosele todo lo subjetivo a la culpabilidad.

Pero este sistema no soporta los embates de la crítica, la cual logra surtir efectos demoledores en aquello que parecía como algo diáfano y lógico, pues los autores que vinieron después del BELING enseñaron que la separación de los elementos del delito en campos perfectamente delimitados no existe, porque no es posible señalarle hitos infranqueables a lo descriptivo (lo típico), a lo valorativo (lo antijurídico) y a lo subjetivo (lo culpable), además de que no es cierta la total independencia de dichas

⁵ Ibidem. p. 19 y 20.

⁶ V. LISZT. Op. cit. Tomo II: p. 388.

características, pues se trata de conceptos entrelazados, interrelación que alcanza su mejor logro en el planteamiento de MEZGER, pues en este incide profundamente el pensamiento neokantiano, elaborándose un sistema integrado por lo valorativo, dando lugar así, a una concepción unitaria en la estructura del delito.

2.2 EL CAUSALISMO VALORATIVO

El resquebrajamiento del sistema LISZT-BELING se inicia con RADBRUCH, pues lo ataca partiendo de la consideración de que la acción no puede ser tenida como un concepto superior, pues la noción de acción no puede cobijar tanto a la acción como a la omisión, ya que de ser así ello implicaría tener a las dos nociones como realidades iguales. Si la acción es un comportamiento positivo y la omisión es negativo, la noción de acción no puede abarcar a las dos, pues así como no es cierto que "positivo y negativo y como A y no A, no pueden ser colocados bajo un concepto superior común, de la misma manera es cierto que la acción y la omisión tienen que permanecer independientes una junto a la otra"⁷.

Desde luego que con ello no estaba planteando RADBRUCH un divorcio del causalismo naturalista de LISZT-BELING, pero si logra dividir aquel esquema en dos: uno para la acción y otro para la omisión, de manera que siendo la acción naturalística una noción importante es indispensable acudir a un concepto fundamental de la teoría del delito que comprenda tanto a la acción como a la omisión, acogiéndose, entonces, el de la realización típica como piedra angular de la construcción dogmática.

Hasta ese momento permanecía invariable la separación entre lo objetivo y lo subjetivo y la diferenciación en el mismo seno de lo objetivo entre lo descriptivo (la tipicidad) y lo valorativo (la antijuridicidad). Parcelación aquella que comienza a superarse a partir de la influencia que ejerce el pensamiento del civilista HANS A. FISCHER, en 1911, quien en su obra "La antijuridicidad como especial consideración del derecho privado"⁸ destaca la existencia de elementos subjetivos en la acción injusta, lo cual es rescatado en el campo del derecho penal por AUGUST HEGLER, en su obra "Las características del delito"⁹, apareciendo, de esta manera, los elementos subjetivos del tipo, complementado esto por el aporte de MAX ERNST MAYER, quien se esfuerza en demostrar la existencia de elementos subjetivos en las causales de justificación, no siendo suficiente en la legítima defensa, por ejemplo, que se de lo fáctico de una injusta agresión, sino que se requiere también la conciencia de la existencia de una agresión y de la necesidad de la repulsa en quien pretenda beneficiarse con la justificante.

⁷BUSTOS RAMIREZ, Juan. Derecho Penal Español. p. 160.

⁸Ibidem.

⁹Ibidem. p. 161.

Con ello se debilita la tajante separación entre lo objetivo y subjetivo, pues además se constata la existencia de tipos penales cuyo ámbito está limitado por lo subjetivo, como lo hace el propósito de aprovechamiento, en el hurto, no bastando el puro aspecto objetivo-descriptivo en el tipo, así como el injusto requiere de especiales momentos subjetivos para el reconocimiento de causales de justificación. No es cierto, entonces, que la tipicidad sea objetiva y que pueda prescindir de momentos subjetivos, como tampoco es cierto que la antijuridicidad pueda existir siempre sin coloración subjetiva.

Pero acá no termina el desmoronamiento del sistema LISZT-BELING, pues además de opacarse la diferencia entre lo objetivo y lo subjetivo, también se desvanece la separación entre lo descriptivo y lo valorativo.

LISZT, para mantener indemne el concepto de acción como modificación del mundo exterior en el delito de injuria, afirma que en éste se produce la "provocación de vibraciones de aire y de procesos fisiológicos en el sistema nervioso del ofendido"¹⁰.

RADBRUCH, acudiendo a este ejemplo de LISZT, explicó que con él queda perfectamente entendido que al darle a la acción un contenido exclusivamente naturalístico, al tenersele como un simple movimiento corporal que produce "la mutación del mundo exterior" no se detecta la determinante en tal delito, o sea "el sentido lingüístico y la significación social de la injuria", porque en el mundo fenomenológico lo mismo es la acción de quien habla amenamente con su interlocutor que la de quien se expresa respecto de otra persona en forma ultrajante, considerando que es a partir del concepto de la realización típica que se puede hacer una valoración que permita captar el significado social de los hechos producidos, permitiendo esto, a su turno, diferenciar entre uno y otro comportamiento que naturalísticamente son iguales (la exposición oral).

Incluso, MAYER destacó la existencia de elementos normativos en el tipo, pues demostró que entre las circunstancias que aquel contiene se hallan algunas cuyo significado sólo es entendible a partir de un examen valorativo, como el concepto de "arbitrariamente", "injustamente", "ajenidad", etc.

Es EDMUND MEZGER, quien a través del causalismo valorativo logra polarizar todas esas críticas, al afirmar que "El concepto de acción, que hemos presentado como base de la pena, señala en la conducta humana que convierte en objeto de consideración jurídico-penal -un acontecimiento natural-real en el mundo de la experiencia-. Como elemento del sistema normativo jurídico-penal, indica lo que debe ser castigado con pena, y está hecho para servir, en su ulterior estructuración, para apreciación de determinadas finalidades humanas. Por consiguiente, no está en lo cierto v. LISZT cuando ve en ese concepto tan sólo una 'abstracción de los hechos' (Lehrb., 103, nota 9). Pero es siempre, necesariamente, un concepto

¹⁰ Citado por Hans WELZEL. Derecho Penal Alemán. Parte General. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez. Jurídica de Chile: Santiago, 1987. p. 63.

realista y, por consiguiente, ontológico (esencial). La tentativa de circunscribir exactamente dentro de la 'conducta humana' el suceso al cual se pueden conectar medidas jurídico-penales, se debe ajustar a los verdaderos acontecimientos de la vida. Por ello, el concepto de acción es un concepto ontológico, el ser jurídico. La apreciación normativa (el deber ser jurídico) de sus distintos elementos, no tiene lugar en él, sino en sus elementos atributivos de la antijuridicidad y de la culpabilidad"¹¹.

MEZGER, partiendo del mismo sistema LISZT-BELING, en el sentido de que el delito es acción, ve en ésta el concepto más amplio pero al mismo tiempo limitador del delito, desempeñando las demás circunstancias papeles de especificadoras y reductoras. Pero sigue siendo causal su sistema, porque siempre halla en la base del delito una acción, compuesta de un querer interno (el simple impulso de voluntad), un comportamiento externo y un resultado externo, aunados por la casualidad. Sigue surtiendo efectos el legado del positivismo. Con todo, le da a la antijuridicidad un contenido sustantivo, puntualizando que ésta tiene como esencia una norma objetiva de valoración.

No comparte entonces las tesis del sistema LISZT-BELING en el sentido de que el tipo es totalmente ajeno al valor, llegando a sostener la inseparabilidad entre tipicidad y antijuridicidad (definiendo el delito como conducta típicamente antijurídica), con lo cual resulta fácil constatar la existencia de elementos normativos en el tipo y la posibilidad de constituir los llamados elementos negativos del tipo (las causales de justificación).

Pero lo valorativo no sólo se traslada de la antijuridicidad a la tipicidad, sino que también invade el terreno propio de la culpabilidad, con el surgimiento de la llamada teoría normativa de la culpabilidad, siendo su primer exponente REINHARD FRANK, quién en 1907 demostró que la culpabilidad no se agota en el simple nexo psicológico entre el hecho y el agente, pues ante una plural e idéntica constatación de vinculación psicológica puede darse igual o diferente valoración, reprochándose todas las conductas o sólo algunas de ellas. Actualiza NODIER AGUDELO el ejemplo señalado por el autor alemán de la siguiente manera¹²: Un empleado bancario se apodera de cierta cantidad de dinero, la cual destina al pago de un tratamiento médico urgente que requiere su esposa gravemente enferma, careciendo de recursos para sufragar tales gastos; mientras que otro empleado se apodera de igual suma que destina a pasar momentos de placer. Ambos trabajadores tienen la misma vinculación psicológica con el hecho, pues han querido el apoderamiento del dinero ajeno. De manera que con un concepto de culpabilidad psicológica (la que se constata con la sola vinculación entre el hecho y el sujeto desde el ámbito subjetivo), ambos serían culpables (es de advertir que en Alemania existe el estado de necesidad

¹¹ MEZGER, Edmund. Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudios. Edit. Bibliográfica Argentina : Buenos Aires, 1958. p. 87 y 88.

¹² AGUDELO, Nodier. Op. cit. p. 5.

justificante y el disculpante, de acuerdo a la entidad de los bienes jurídicos que estén en conflicto, aplicándose allí la teoría de la diferenciación), pero encuentra el autor germano que el comportamiento del uno es reprochable mientras que el del otro no, comenzando así a verse la culpabilidad no como un simple vínculo psicológico, entre el hecho y el autor, sino como un juicio de reproche. La culpabilidad, como juicio de reproche tiene como elementos la imputabilidad, el dolo, la culpa y la exigibilidad de la conducta; siguen el dolo y la culpa en ella. Perfeccionan este concepto de la culpabilidad normativa JAMES GOLDSCHMIDT y FREUDENTHAL.

Si la culpabilidad no se agota en una relación psicológica-subjetiva, sino en un juicio de reproche que se le hace a quien no se motiva ante el mandato o la prohibición de la norma, a pesar de que se puede comportar de acuerdo a derecho, se transforma, entonces, en un problema valorativo.

Queda, por lo tanto, totalmente desarticulada la armoniosa armazón construida por la teoría naturalista causalista y el esquema LISZT-BELING ha perdido su sencillez y su nitidez, tornándose ya complicado y borroso. El injusto ya no es exclusivamente objetivo, pues aparece adornado de lo valorativo y de lo subjetivo. Es la tipicidad objetiva, descriptiva, valorativa y con elementos subjetivos; la antijuridicidad es objetiva, valorativa, pero también con momentos subjetivos en las causales de justificación (conciencia de la necesidad de actuar); y la culpabilidad sigue siendo el hábitat de lo subjetivo, pero también valorativa.

En resumen, lo valorativo traspasa toda la teoría del delito, siendo ello la consecuencia de la aplicación de las tesis neokantianas valorativas y la incursión de la ciencia de los valores en el derecho penal, pero todo ello edificado sobre los cimientos echados por el positivismo naturalista, pues la acción sólo es concebida como causalidad.

2.3 LA TEORÍA DE LA ACCIÓN SOCIAL

Vimos como RADBRUCH proponía el concepto de la realización típica como piedra angular de la construcción de la sistemática del delito, aglutinando tanto a la acción como a la omisión, pues el concepto naturalístico de acción como lo proponían LISZT-BELING no lo consideraba el más apropiado para tenerlo como piedra angular del sistema del delito. Así mismo, hemos podido constatar que el mismo autor sostenía que sólo a partir de tal concepto de "realización típica" es posible captar una valoración jurídica, la cual permita percibir la significación social de los hechos producidos.

Surge la teoría de la acción social, la cual no hace una revisión crítica de la teoría causalista, sino que, por el contrario, se apoya en ella para profundizar en el concepto de acción, recogiendo el "sentido social de la acción" o sea teniendo en cuenta aspectos culturales, ambientales, de adecuación social, normativos, etc.. EBERHARD SCHMIDT (discípulo de LISZT), considerado como el fundador de esta teoría, afirmaba "Mientras Adán permanecía solo en el paraíso -desgraciadamente

solo muy corto tiempo- no había oportunidad de ver sus expresiones vitales bajo la problemática del *actuar*. Sólo la mancomunidad social de los hombres puede y tiene que hacer surgir esa problemática¹³ y agrega: "Para la comunidad social las acciones se presentan como unidades de sentido social funcional, que han de ser *entendidas* primeramente como son concebidas, según las concepciones, experiencias, costumbres de la vida social"¹⁴. Conforme a esta teoría, se reafirma la acción como concepto general y omnicompreensivo del delito, por una parte, y por la otra como el concepto que excluye todo lo que no es relevante¹⁵.

Se advierte, de esta manera, que la definición de acción como movimiento corporal es insuficiente. Si una mujer deja morir de hambre a un niño, a partir de la simple constatación de su no actuar no se puede decir que ha realizado comportamiento relevante para el derecho penal y que es responsable; es necesario demostrarle a dicha mujer que tiene el deber jurídico de actuar, para que se le pueda señalar como autora, por omisión, del delito de homicidio, pues sabido es que la esencia de la omisión no está en el simple no hacer sino en la no evitación de algo que se tiene el deber jurídico de impedir. Es el mismo LISZT quien aceptó que en la omisión "la manifestación de voluntad consiste aquí en no ejecutar voluntariamente un movimiento corporal que debiera haberse realizado"¹⁶.

2.4 LA TEORIA DE LA ACCION FINAL

Con esta teoría se produce la culminación del proceso demoleedor del esquema clásico del delito, pues busca no sólo superar el causalismo valorativo, sino también las posiciones críticas surgidas contra éste. Comienza atacándose el fundamento del esquema causalista valorativo, o sea el concepto de acción y de esta manera llega a moldear un esquema nuevo, mediante la culminación del concepto de lo subjetivo en la tipicidad y de la estructuración de la culpabilidad como un juicio de reproche.

WELZEL, afirmó que la acción no se agota en la voluntariedad, sino que es necesario indagar sobre el contenido de esa acción: la voluntad. Encontrando que en la acción es factor decisivo la finalidad, al definirla como "ejercicio de actividad final", pues la actividad humana es *vidente* mientras que el proceso causal es *ciego*. Si un hombre dispara y mata a otro hombre, frente a un concepto causalista-naturalista (esquema clásico) o social de acción (esquema neoclásico), hay acción de homicidio, pues basta constatar que aquel quiso disparar y mató, pues la intención que tenía al disparar (matar, herir, intimidar, etc.), sólo importa auscultarla en sede de la culpabilidad, en donde se declarará que esa acción es dolosa de homicidio o de

¹³Cita de Juan BUSTOS RAMIREZ. Manual de Derecho Penal Español. p. 163.

¹⁴Ibidem.

¹⁵Ibidem.

¹⁶Von LISZT. Op. cit. Tomo II. p. 314.

lesiones, o culposa de homicidio o simplemente constitutiva en un caso fortuito; mientras que frente al finalismo es necesario indagar en el mismo terreno de la tipicidad, qué quiso el hombre que disparó: matar?, lesionar?, intimidar? o simplemente disparar al aire?, para de tal manera constatar que la acción es dolosa de homicidio o de lesiones personales, o culposa de homicidio, o fortuita, sin necesidad de subir al último peldaño del delito, o sea al de la culpabilidad, para indagar sobre el aspecto subjetivo.

La acción es final y no puramente causal: "Acción humana, dice WELZEL, es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer *final*, no solamente *causal*. La *finalidad* o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, proponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existente en cada caso. Por eso, la finalidad es -dicho en forma gráfica- *vidente*, la causalidad *ciega*"¹⁷.

Si la voluntad está en la acción, ha de ubicarse aquella en el tipo, quedando la culpabilidad despojada de ella, a diferencia de los esquemas clásico y neoclásico, que la conservan en la culpabilidad, sede, como ya se dijo, de lo esencial de lo subjetivo (la conciencia y la voluntad). Hay, entonces, para los finalistas, en el tipo aspectos objetivos y subjetivos, instalándose dentro de estos últimos el dolo y la culpa, al lado de los especiales momentos del ánimo (los llamados ingredientes subjetivos), quedando la culpabilidad relegada a un simple juicio de reproche, con elementos tales como la conciencia de la antijuridicidad, la imputabilidad y la exigibilidad de la conducta. Lo que para los clásicos y neoclásicos es acción (por ejemplo, matar por error, al creer el agente que mata a un animal, cuando está matando a un hombre), con reconocimiento de una excluyente de la culpabilidad (en este caso, un error sobre el tipo), para los finalistas no lo es, pues la acción para éstos debe ser dolosa o culposa, de manera que en el caso planteado concluirían que no hay acción de homicidio porque la finalidad que tenía el hombre que mató no fue la de matar a otro sino la de matar a un animal.

El injusto es una fusión de factores objetivos, subjetivos y valorativos. En la tipicidad se halla un aspecto objetivo (elementos descriptivos y normativos) y otro subjetivo (dolo, culpa e ingredientes subjetivos). La antijuridicidad, a pesar de que es un elemento objetivo-valorativo, está impregnada de elementos subjetivos, porque las causales de justificación tienen como base una acción final (dolosa o culposa).

¹⁷AGUDELO, Nodier. Op. cit. p. 5.

Finalmente, la culpabilidad es valorativa, pero con un contenido subjetivo, porque se edifica sobre el supuesto de la capacidad del sujeto de actuar de otro modo (exigibilidad de conducta diversa a la ejecutada) y se halla en ella la conciencia de la antijuridicidad. Ahora, lo subjetivo traspasa todo el delito.

Pero el planteamiento causal en el derecho penal no se destierra con el concepto final de acción, porque la acción como "ejercicio de una actividad final", es una "supradeterminación"¹⁸ de los procesos causales que previamente planeados se dirigen a una meta. De manera que el concepto final de acción se levanta sobre el causalismo, pues hay finalidad en cuanto la experiencia causal ha enseñado que determinado comportamiento puede conducir a cierta meta.

3. EL CONCEPTO DE ACCION

Podemos apreciar que ha sido ardua la discusión doctrinal en torno al concepto de acción, hasta el punto de que todo el desarrollo de la teoría del delito, hasta bien entrada la última mitad de este siglo, estuvo dominado por la idea de que dicha noción era la piedra angular de cualquier sistema, pues la polémica entre el concepto causal y el concepto final tuvo como base la acción.

Los hegelianos mediante una tendencia unitaria consideraron al delito como acción y ataban lo objetivo y lo subjetivo en un todo indisoluble, al tener la acción como una estructura objetiva y subjetiva, ubicando todo lo subjetivo en la acción hasta confundir acción y culpabilidad. Fueron ellos, entonces, los pioneros del concepto de acción que habrían de tomar los finalistas, distanciándose en cuanto que éstos (los finalistas) si vendrían a separar la acción y la culpabilidad.

A pesar que de este planteamiento totalizante de los hegelianos no fue de recibo por parte de los causalistas, tanto naturalistas como valorativos, pues se apartaron de él en pos de una diáfana diferenciación entre las distintas categorías jurídicas del delito, al separar lo objetivo de lo subjetivo, a usanza de los hegelianos siguieron, sin embargo, sosteniendo que el delito es acción, por las razones ya vistas, o sea por la fuerte influencia del positivismo naturalista, pues el mismo MEZGER decía "siempre el delito ha de ser una acción. Lo que no es acción no interesa al derecho penal", con lo cual coincidía con V. LISZT, quien, como lo anotamos ya, tenía a la acción como la definición esencial del delito.

Sin embargo, RADBRUCH, lo vimos también, había relevado que junto a la acción estaba la omisión, a las cuales no se les podía aplicar la misma estructura, pudiendo, sí, ser cobijadas bajo el concepto de la "realización típica". A partir de este anuncio de RADBRUCH empieza a dejar de ser un concepto superior del sistema, pues ya no todo lo que no es acción queda por fuera del ámbito del derecho, porque en éste queda también incluida la omisión.

¹⁸ROXIN, Claus. Op. cit. p. 86.

Pero con ello no puede afirmarse que la acción ha perdido definitivamente su lugar de privilegio, pues se le sigue asignando un papel delimitante porque deja por fuera de su órbita aquellas acciones que no son definidas como delictivas por la ley (al referírsele a la tipicidad), pero a su turno se encuentra limitada por la antijuridicidad, la que reduce su espacio, no pudiéndosele vincular a la culpabilidad, porque ésta no obra como una limitante de la acción sino de la función punitiva del Estado (*ius puniendi*), pues el juicio de reproche que hacen los neoclásicos y los finalistas no se predica respecto de la acción sino del sujeto que realiza el injusto, en relación directa a su capacidad de motivación y de actuación.

Va, de esta manera, restringiéndose el papel que ha de desempeñar la acción, porque en sentido estricto quedaría reducida a los delitos de acción, pues no cobija todo el sistema (vimos que dejaría por fuera los delitos de omisión), y dentro de aquellos tendría significado solamente frente al injusto, porque la culpabilidad no tiene como fundamento a la acción sino al sujeto que actúa.

BUSTOS RAMIREZ, llega, incluso, a cuestionar el rol frente al injusto, pues considera que el fundamento de éste no es la acción sino el bien jurídico (esto lo desarrollaremos más adelante), porque es el bien jurídico el que determina cuáles acciones son o no relevantes para el derecho penal, de manera que la acción por sí sola es poco lo que dice, ya que solamente adquiere significado a partir del momento en que interfiera las relaciones sociales en cuya conservación está interesado el bien jurídico. Son estos sus conceptos: "Es el bien jurídico el fundamento desde el cual se puede determinar qué acciones pueden atribuirse a un tipo legal determinado y cuáles quedan sin consideración para el derecho penal, en otras palabras, la acción por sí sola no dice absolutamente nada para el derecho penal, es el bien jurídico el que permite que una determinada acción aparezca como relevante para el derecho penal. Desde el bien jurídico se determinan por medio de la norma los comportamientos prohibidos o mandados (la norma no puede prohibir o mandar resultados o causalidades). Luego, el comportamiento (acción u omisión) interesa en la medida en que puede ser atribuido en consideración al bien jurídico a un tipo determinado. Lo que interesa no es un comportamiento en abstracto en general, sino uno concreto, el comportamiento típico. Por eso el concepto fundamental y vinculante para el injusto no es la acción, sino el bien jurídico, y el primer aspecto a considerar dentro del injusto tampoco es la acción sino la tipicidad"¹⁹.

Con esto no estamos planteando que deba prescindirse del concepto de acción, ni que nos desaliente el que haya sido reducido a la mínima importancia por parte del gran penalista ROXIN, quien considera que de él no se puede deducir nada que "no se supiera ya anteriormente"²⁰ porque el "producto de un proceso de abstracción

¹⁹BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manual Derecho Penal Español. p. 169.

²⁰ROXIN. Op. cit. p. 86.

nunca puede contener más que su sustrato"²¹, dándole solamente un "valor estético-arquitectónico"²².

Desde luego que la acción por sí sola, sin vincularse a una categoría jurídica del delito (a la tipicidad o a la antijuridicidad) no es mucho lo que dice, ya que la acción de acceder carnalmente a otra persona, o la acción de apoderarse de bien ajeno, o la acción de coaccionar a otro, por ejemplo, no es suficiente para indicarnos que estamos frente a un delito de acceso carnal violento o de estupro o de acceso carnal abusivo, en el primer supuesto, o ante uno de peculado o de hurto, en el segundo, o ante la extorsión o el constreñimiento ilegal, en el último. Por ello es necesario referirla al tipo para saber de qué es típica y la antijuridicidad para precisar su injusto, sin que ello impida que a dicho concepto se le tenga como una síntesis, en donde ha de confluír lo causal, lo normativo, lo valorativo, lo final y lo social, permitiendo ello atribuirle ciertas características y fijarle precisas funciones. Significa esto que más que el diseño de una noción sobre acción lo que ha de hacerse es señalarle su contenido y el rol que ha de cumplir frente a nuestra teoría del delito.

Entre las diversas acepciones de la palabra acción se señala: ejercicio de una potencia; efecto de hacer. El traslado de dicha definición a nuestra disciplina sirve para forjar un concepto limitado de acción, porque comprendería solamente la comisión o sea el "hacer algo", dejando por fuera la omisión o sea "el no hacer algo", motivo por el cual emplearemos la acepción en un sentido amplio que cobije tanto a la comisión como a la omisión, pues el omitir no consiste simplemente en un "no hacer" sino en un hacer negativo (un no hacer algo determinado)²⁴.

Entendemos entonces, la acción, desde el punto de vista jurídico-penal, como el comportamiento humano que produce una interferencia en las relaciones sociales penalmente tutelada. Concurren a esta definición, como ya lo dijimos, lo humano, lo natural (lo causal), lo normativo, lo valorativo, lo social y lo final.

3.1 EL CONCEPTO DE ACCION COMO COMPORTAMIENTO HUMANO

Es un comportamiento humano, porque la acción en el sentido penal solamente es realizable por la persona natural, prescindiéndose de la aplicación de sanciones penales a las personas jurídicas (sociedades), las cuales sólo podrán ser destinatarias, en nuestro ordenamiento jurídico, de sanciones administrativas, alcanzando, sí, los correctivos penales a los directivos y representantes de esas personas jurídicas que escudándose en éstas, realizan prácticas constitutivas de injusto típico, como fraudes, por ejemplo. Desde luego, que no en todos los casos tal

²¹Ibidem

²²Ibidem

²⁴FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Op. Cit. p. 166.

comportamiento constituye delito, porque nuestra legislación no contempla el actuar de dicho directivo cuando no concurren en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que el correspondiente tipo penal requiera para poder ser sujeto activo del mismo, tal como lo hace, por ejemplo, el Código Penal Español, en su art. 15 bis²⁵.

3.2 LA ACCION COMO CONCEPTO NATURAL

Vimos que el planteamiento causal ha ejercido una gran influencia en el derecho penal, mediante el mecánico traslado de conceptos de las ciencias naturales por parte del positivismo naturalista, a lo cual no escapó ninguno de los ya aludidos esquemas del delito, pues no fue dolencia exclusiva del causalismo naturalista, sino también del causalismo valorativo, el que superpuso a una base naturalista la teoría de los valores (dándose, como ya lo constatamos, en tal esquema una doble influencia: la de la causalidad y la de las ciencias de los valores propios del neokantismo) y hasta el finalismo, porque la finalidad se edifica sobre la causalidad, pues sólo se explica el fin en cuanto la experiencia causal ha enseñado que determinado comportamiento pueda conducir a una meta concreta.

Pero a partir de principios de este siglo, en el mismo ámbito de las ciencias naturales, se cuestionó el dogma de la causalidad, ya que la mecánica cuántica mostró definitivamente "la falta de validez de la ley causal" (HEISENBERG), habiéndosele relegado a un concepto "metafísico".

Esa decadencia del dogma causal por su indemostrabilidad, aún en el seno en donde había recibido vida (en el de las ciencias naturales), sólo le hizo perder al concepto de acción el puesto de privilegio en el cual se le había colocado al tenerlo como lo más importante del delito, pues sigue siendo cierto que todos los intentos revisionistas de dicho concepto no han podido librarse de una vez por todas de la ascendencia del método de las ciencias naturales y del dogma causal, de manera que no podemos echar por completo la causalidad al cuarto del olvido, como tampoco podemos desconocer su utilidad para forjar la noción de acción, pues siempre habrá que partir de la equivalencia de las condiciones, la más caracterizada de las teorías de la causalidad, pero que por su amplitud no resuelve nada en el campo del derecho penal, lo que ha conducido a la elaboración de la moderna fórmula de la imputación objetiva, la cual le agrega un plus a lo natural: el del riesgo no permitido, para determinar el concepto de acción. Además, el art. 21 de nuestro C.P. bajo el título de la causalidad, dispone que "nadie podrá ser condenado por un hecho punible, si el resultado del cual depende la existencia de éste, no es consecuencia de su acción u omisión", agregando que "cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo".

²⁵Cfr. SUAREZ SANCHEZ, Alberto. Delitos contra el patrimonio económico. Universidad Autónoma de Bucaramanga, 1989. p. 58.

Desde luego que la causalidad en los delitos de omisión impropia ha sido siempre materia de controversia, pues una omisión es causal del resultado si supuestamente el desplazamiento de energía (el actuar conforme al mandato), el resultado seguramente no se hubiera producido. Ello obliga a centrar la discusión en torno a la teoría de la *conditio sine qua non*, de la cual se deducen dos supuestos: a. La relación causal entre la omisión y el resultado; y, b. La causalidad entre el hecho y la omisión.

A la primera situación tenemos que responder que no es posible comprobar la causalidad entre la omisión y el resultado, porque si suprimimos mentalmente la omisión y colocamos la acción debida, ello no nos ha de conducir necesariamente a la evitación del resultado, ya que a lo máximo se podría suponer que la acción tal vez hubiera evitado la transformación causal del mundo exterior, pues nada puede garantizar que el positivo comportamiento impediría con seguridad la lesión del derecho comprometido. No podemos afirmar con absoluta certeza que si el salvavidas hubiere intervenido, necesariamente la muerte del bañista no se hubiera producido, pues nada descarta que todos los esfuerzos de salvamento puedan resultar ineficaces. Esa relación sería, por lo tanto, hipotética: si el agente obligado a actuar, lo hubiera hecho, posiblemente el resultado no se hubiera producido.

Respecto a la segunda situación hay que decir, lo siguiente: con apoyo en la teoría de la equivalencia de condiciones, según la cual todas las condiciones son causa del resultado, pues sólo deja de serlo aquella que al ser suprimida mentalmente de todas maneras el resultado se produciría, tenemos que si suprimimos mentalmente al "omitente" la omisión también se hubiera producido, lo cual conduce a la afirmación de que "el omitente" no es causa de su omisión.

Además no es posible hallar un ligamen causal real entre un sujeto y una determinada falta de energía, pues esté el sujeto en el lugar y en el momento en que hubiera podido impedir el resultado, o bien falte allí, lo cierto es que la omisión no sufre modificación. Si mentalmente suprimimos al salvavidas y lo colocamos en cualquier otro lugar del universo, la omisión de todas formas persiste, pues en donde lo coloquemos estará omitiendo, reafirmando ello que la supresión del "omitente" no hace desaparecer la omisión.

Todo ello ha conducido a reconocer que la afirmación de la causalidad en la omisión sólo puede hacerse en el plano del pensamiento, pero no en el de la realidad misma. Esta causalidad hipotética es la que consigna nuestro C.P. al mandar que no evitar el resultado "equivale a producirlo", disponiendo el legislador que no impedir un resultado no es igual a causarlo, pero sí valorativamente igual.

3.3 LO NORMATIVO EN EL CONCEPTO DE ACCION

Esta característica la constatamos al revisar la teoría de la imputación objetiva y al analizar el alcance de la posición de garante del agente en la omisión impropia.

3.3.1 En la teoría de la imputación objetiva

Hemos visto cómo toda teoría del delito se construye sobre la acción y ésta a su vez se edifica sobre la causalidad. Tanto para el positivismo (concepto naturalista de la acción causal) como para el neokantismo (teoría valorativa de la acción causal), la causalidad sólo se entenderá a través de las ciencias naturales, o sea que la causalidad resultaba decisiva para la configuración de cualquier esquema del delito.

Como la única teoría correcta para explicar la necesaria relación que ha de existir entre la causa y el efecto, o sea la causalidad, era la de la equivalencia de condiciones, por no contaminarse de elementos extraños a las ciencias naturales, y como ésta resultaba demasiado amplia, hasta el punto de que casi todo terminaba siendo acción relevante para el derecho penal, los juristas se esforzaron en el hallazgo de fórmulas correctivas de la causalidad, habiendo sido pionera la tendencia del teleologismo de HONIG, al considerar que el proceso causal no se podía tener como una simple realidad natural, siendo necesario dotarla de un sentido, al integrarse al sistema normativo, al considerar el resultado como "lo puesto desde el objetivo"²⁶, de manera que la relación de causalidad es significativa para el derecho penal cuando aparece dirigida por la voluntad humana, diciendo HONIG que "imputable es por eso aquel resultado, que puede ser pensando como puesto conforme al fin"²⁷. Este primer intento fracasa porque pretendía hacer de la causalidad el único criterio de imputación de resultados.

El moderno concepto de la imputación objetiva se basa en la creación de "un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico" (ROXIN). Por eso hoy la doctrina acepta unánimemente que es principio general de la imputación objetiva "el que la acción humana haya creado un riesgo jurídicamente desvalorado y éste se haya realizado en el resultado"²⁸.

Para que pueda imputarse objetivamente un resultado al sujeto debe partirse de la causalidad natural, más exactamente de la equivalencia de condiciones, requiriéndose, además, que el resultado producido sea la realización de un peligro jurídicamente desaprobado, el cual ha sido creado por la acción²⁹. Son elementos de la imputación objetiva:

- a. La causalidad edificada sobre la fórmula de la equivalencia de condiciones.
- b. La creación de un riesgo por la acción.

²⁶BUSTOS RAMIREZ, Juan y LARRAURI, Elena. La imputación objetiva. Temis : Bogotá, 1989. p. 4.

²⁷Ibidem

²⁸LARRAURI, Elena. Op. cit. p. 78.

²⁹BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal. Parte General. Temis-Ilanud : Bogotá, 1984. p.99.

- c. Que ese riesgo sea jurídicamente desaprobado.
- d. Que ese riesgo se plasme en la realización de un resultado típico³⁰.

De manera que esta contemporánea doctrina a lo natural agrega lo normativo. Es así como GIMBERNAT sostiene: "Lo que la teoría de la imputación objetiva hace es reunir toda una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad, que en gran medida y hasta ahora habían deambulado por aquella -desde la causalidad hacia la acción- sin encontrar un lugar sistemático correcto. Estos criterios, extraídos todos ellos de consideraciones normativas, permiten fundamentar por qué la tipicidad es algo más que una yuxtaposición de elementos ontológicos (acción y causalidad) y axiológicos (dolo -y, en su caso, elementos subjetivos de lo injusto-, infracción del deber de cuidado, resultando típico); permiten fundamentar por qué todo ello meramente sumado no da aún como resultado una conducta típica, sino concurre también -lo cual se determina como la base de consideraciones sobre lo que es el tipo, cuál es su finalidad y cuáles son los principios que deben informarle- la imputación objetiva³¹ y agrega: "La imputación objetiva es, pues y positivamente, un elemento normativo del tipo. Y, negativamente, un elemento de tipo que se distingue de todos los restantes en que, mientras que estos son mencionados expresamente por la ley, a la imputación objetiva la ley no la alude para nada (a pesar de lo cual y no obstante, es un elemento del tipo)"³².

3.3.2 En los delitos de omisión impropia

Repetimos que nuestro ordenamiento penal contempla que tanto la acción como la omisión originan el hecho punible. La estructura de la acción y de la omisión es diferente porque mientras los delitos de acción se realizan si se efectúa la conducta que describen, los tipos de omisión se refieren a la no verificación de una determinada conducta, dándose cuando el agente ejecute una conducta diversa a la prevista, lo cual pone de manifiesto que no se requiere una pasividad física del autor, pues suele cometerse mediante la realización de una conducta distinta de la ordenada; si el médico, por ejemplo, encuentra al herido en la vía y se marcha dejándolo abandonado y sin prestarle la asistencia requerida, comete el delito de homicidio por omisión si el herido muere, porque ha desarrollado una conducta pasiva representada en el hecho de marcharse.

Lógicamente que el injusto de los delitos de acción y de omisión es diverso, porque mientras el de los tipos de acción se concreta en la infracción de la norma prohibitiva (no matarás), si no ocurre ninguna causal de justificación, el de la omisión se plasma

³⁰ LARRAURI, Elena. Op. cit. p. 78.

³¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Qué es la imputación objetiva? Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Vol. X. No. 34. Bogotá, 1988. p. 81.

³² Ibidem.

en la infracción de una norma preceptiva (deberás evitar la muerte), si no existe ninguna causal de justificación. O sea que el injusto del delito de acción consiste en hacer lo que una norma prohíbe, en tanto que el de la omisión consiste en hacer algo distinto a lo obligado por una norma preceptiva.

La naturaleza de la norma infringida, prohibitiva o preceptiva, según el caso, es lo que diferencia la acción de la omisión. Con todo, hay casos en los cuales un comportamiento pareciera que desconociera ambas clases de normas, siendo necesario precisar frente a qué clase de delito nos hallamos (de acción o de omisión), por la importancia que conlleva tal diferenciación, ya que el delito de acción es de menor riqueza descriptiva que el de omisión, porque en éste último se exige un elemento adicional consistente en la posición de garante.

Cuando se presenta la acción y la omisión, primero hay que preguntar si el resultado ha sido causado por una acción positiva, pues sólo cuando la respuesta sea negativa habrá de constatarse si aparece el delito por omisión, de manera que la omisión cumple un efecto residual. En el tan citado caso del médico que en vez de novocaína, conforme a lo indicado, para anestesiarse a quien va a ser intervenido quirúrgicamente, le suministra cocaína, a consecuencia de lo cual muere, hay que preguntar primero: la acción positiva consistente en suministrar cocaína produjo el resultado letal? a lo cual hay que responder que sí, relevando ello de la necesidad de plantear la posibilidad de un delito de homicidio por omisión por no haberse suministrado novocaína. Otro ejemplo: el novio para agradar a su novia, ante la insistencia de ésta para que le deje conducir el vehículo, sin tener idoneidad para ello, permite que lo haga, causando un accidente con consecuencias mortales; acá el accidente no se debe a ninguna conducta positiva del novio, pues la acción la desplegó la novia, pero al permitir que ella tomara el volante entra a jugar papel la omisión, pues en tal caso el hombre tiene la posición de garante.

Pero el elemento valorativo es reclamado con mayor acento en los delitos de omisión impropia, por lo cual conviene que, así sea rápidamente, señalemos la diferencia entre la omisión propia y la impropia, denominada ésta, también, comisión por omisión.

Así como los tipos penales de acción se dividen en los de pura actividad y en los de resultado, los de omisión admiten también una clasificación dependiendo de si la omisión sólo consiste en un no hacer algo determinado o si además de ese no hacer algo se reclama la no evitación del resultado. Los primeros (los que les basta el no hacer algo) se llaman de omisión propia, mientras que los segundos, los que exigen la no evitación del resultado, son los de omisión impropia o comisión por omisión.

Sin embargo, se afirma que la distinción entre la omisión propia y la impropia consiste en que aquella es la expresamente regulada por la ley penal, en tanto que

ésta es la que no encuentra tal regulación en la parte especial. Esta es la posición de Novoa Monreal³³.

Si la distinción hay que hallarla constatando si el tipo penal se contenta con el sólo no hacer (la omisión propia) o si demanda que el no hacer origine un resultado o por lo menos el riesgo (la omisión impropia), encontramos que las omisiones previstas en la ley pueden ser propias o impropias, y que las no descritas expresamente por ella, sólo pueden ser impropias, de manera que lo que cuenta entonces es el resultado, porque exista o no redacción legal, el fundamento de la omisión impropia hay que buscarlo en los tipos de resultado, porque sólo en estos opera la fórmula característica de la omisión impropia consistente en "no evitar el resultado pudiendo hacerlo, equivale a producirlo", tal como lo consagra el inciso 2 del art. 21 del C.P. nuestro, tipos estos que se pueden realizar tanto por conducta activa como por la no evitación del resultado con posición de garante. Esto equivale a decir que la no evitación del resultado se asemeja a su causación por la acción, cuando sea posible agregar un requisito normativo-valorativo no previsto en los tipos de la parte especial, consistente en la posición de garante del omitente frente al bien jurídico.

Nuestro C.P. consagra tipos penales de omisión en los arts. 150 (prevaricato por omisión), 153 (abuso de autoridad por omisión de denuncia) y 160 (omisión de apoyo), los cuales tratan casos de omisión pura o propia, porque no se exige en ellos un determinado resultado, pues es suficiente con el no hacer, el que se concreta en el art. 150 en omitir, rehusar o retardar un acto propio de las funciones del empleado oficial, en el art. 153 en no dar cuenta de la comisión de un delito a las autoridades y en el art. 160 en rehusar o demorar el apoyo demandado. Todos estos son de omisión impropia, porque basta el no hacer algo determinado, sin exigirse la no evitación de un resultado.

Se les llama de omisión impropia porque a través de la infracción de la norma preceptiva (la que manda hacer algo) se viola también la prohibitiva (la que prohíbe causar el resultado). Así, el médico que no da tratamiento, causando con su omisión la muerte del enfermo, infringe directamente la norma que ordena evitar la muerte e indirectamente la que prohíbe matar. Sin embargo, esta construcción encuentra actualmente rechazo en la doctrina con el argumento de que no puede infringirse mediante "un no hacer" una norma que prohíbe "un hacer"³⁴.

Como nuestro C.P. tiene una construcción dogmática de la omisión impropia en el art. 21, ha de tenerse dicha figura como un dispositivo amplificador del tipo, debiéndose precisar los casos en los cuales opera el deber jurídico de evitar el resultado (posición de garante). Esto nos ahorra adentrarnos en la discusión de si la comisión por omisión es compatible o no con el principio de legalidad, tal como lo

³³ NOVOA MONREAL, Eduardo. Citado por FERNANDEZ CARRASQUILLA. Op. cit. p. 167.

³⁴ Cfr. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 2 ed. Promociones Publicaciones Universitarias: Barcelona, 1985. p. 255.

plantean los españoles, cuya legislación no contiene una preceptiva general que admita la omisión impropia de los tipos formulados positivamente.

Ahora sí veamos en qué consiste la normativo en el tipo de omisión impropia.

Son elementos de esta clase de omisión: a. La ausencia de una acción determinada; b. La producción de un resultado típico; c. La capacidad de evitarlo; y, d. La posición de garante³⁵.

Ningún comentario amerita los dos primeros elementos citados, siendo necesario sí hacer una breve referencia a los dos últimos.

La capacidad de acción debe ser referida al poder personal del omitente, no al de otro que sí hubiera podido acatar al mandato. Como pensable es apenas que si no se cuenta con la posibilidad física de intervención para cualquier persona, no puede imputarse omisión. Esa capacidad de acción es medible atendiendo las fuerzas físicas personales del concreto autor y la advertencia que tenga de su poder de actuación, para lo cual, como ocurre en la teoría causal de la adecuación, hay que tener en cuenta el hombre física y mentalmente normal. "La capacidad general de acción, afirma JESCHECK, esto es, la posibilidad de que alguien, al que debe imaginarse en la plena posesión de todos los conocimientos y facultades propios del hombre medio, pudiera realizar la acción exigida, pertenece ya, en el marco de la teoría de la acción, al concepto de omisión como comportamiento humano socialmente relevante"³⁶. Por consiguiente, no concurre tal poder cuando la acción debida por el garante no hubiere servido de nada porque aún con el desplazamiento de energía el resultado se hubiera producido.

No es suficiente en los delitos de omisión impropia que una acción determinada hubiera evitado el resultado para atribuirle al omitente la lesión del bien jurídico, pues "no puede existir un deber de prestar ayuda donde quiera que haga falta"³⁷, pues sólo es posible la equivalencia de la omisión con la acción cuando el omitente tenga la condición de garante de la evitación del resultado. El omitente "es garante en la medida que a él le incumbe tomar una decisión definitiva con respecto a la producción del resultado"³⁸. Por ese motivo el art. 21 del C.P. manda que el autor tenga "el deber jurídico de impedir el resultado".

³⁵Cfr. JESCHECK, Hans. Op. cit. p. 848.

³⁶Ibidem. p. 850.

³⁷Ibidem. p. 854.

³⁸BACIGALUPO, Enrique. Delitos impropios de omisión. 2 ed. Temis: Bogotá, 1983. p. 51.

Surge de esta manera el interrogante: ¿Cómo se determinan los deberes del garante? Tradicionalmente ha dominado la llamada teoría formal del deber jurídico, que tiene en cuenta la fuente de la que surge el deber jurídico, la cual se hace descansar en la ley, el contrato y el actuar peligroso³⁹, de manera que quedan excluidos los deberes morales.

La doctrina actual, la iniciada por ARMIN KAUFMANN, se inclina por la llamada teoría de las funciones, según la cual los deberes de garante deben determinarse con criterios materiales. Por esta razón la problemática del garante ha de resolverse sobre la base del deber social, debiéndose reparar siempre en la fuente de la cual surge, con miras a evitar una extralimitada extensión. Es, entonces, la teoría de las funciones más amplia porque no hace depender los deberes del garante de fuentes meramente formales, sino de la solidaridad, en aras a asegurar la adecuada convivencia comunitaria.

¿Por cuál de estas dos teorías debemos tomar partido? Pareciera que nuestro C.P. acogiera la formal al consagrar en la fórmula de la omisión el aditamento del "deber jurídico de impedir el resultado", pero acá sí es necesario que hagamos la distinción entre el régimen jurídico existente antes y después de la promulgación de la actual Constitución Nacional, porque frente a la de 1.886 pudiera dudarse de la viabilidad de la aplicación de la teoría material de las funciones, porque esta no consagraba deberes sociales, por el excesivo individualismo plasmado en la misma, pero ante la actual, la que acaba de expedirse, la situación es más clara en favor de la adopción de la teoría de las funciones, porque este nuevo ordenamiento jurídico superior consagra como principio fundamental del Estado Social de Derecho, el que ahora nos rige, "la solidaridad de las personas" que integran nuestra República unitaria, de manera que la fuente de los deberes del garante no se agota en la ley o en el contrato, sino que van más allá, enriqueciéndose materialmente.

Pero debe manejarse y aplicarse con cuidado dicha teoría de las funciones para no caer en una desmedida ampliación, pues la solidaridad es del hombre con el hombre y con la sociedad en la cual se halla inmerso y no con el Estado, porque ésta última podría conducir a la puesta del individuo al servicio del Estado, lo cual es propio de los regímenes totalitarios, cuando lo correcto en lo democrático es que el Estado se ponga al servicio del individuo; por esta razón estimamos atinadas las advertencias de FERNANDEZ CARRASQUILLA, cuando escribe: "Todo esto depende, sin embargo, de la concepción que se profese acerca de los fines del Estado, el derecho y la pena criminal. A tono con ello, no se podía perder de vista que la tipificación penal de la omisión representa la imposición de especiales deberes sociales de actuación para los destinatarios y que el Estado no puede imponer a estos su ideología, ni menos constreñirlos a colaborar activamente en su realización o absolutización. El pluralismo ideológico de los Estados democráticos es seguramente la valla contra la proliferación innecesaria de los delitos omisivos, valla sin la cual el individuo podría terminar siendo literalmente un "esclavo" del Estado para la obtención de los fines

³⁹ Cfr. JESCHECK. Op. cit. p. 855.

de éste, con lo que ya se pasaría de un Estado personalista a otro en orientación transpersonalista, en el que se pretende hacer de cada ciudadano un funcionario"⁴⁰.

Conforme a la teoría de las funciones, tales deberes han de surgir o bien de la función de protección de un determinado bien jurídico o de la obligación de control de una fuente determinada de peligro.

a. Los deberes de garante derivados de la función de protección relativos a determinados bienes jurídicos pueden surgir: a. De la existencia de una vinculación natural (familiar). b. De estrechas relaciones comunitarias. c. De la asunción voluntaria de custodia.⁴¹ "Para la delimitación de los deberes de garante que se derivan de estas tres fuentes es necesario, además, que o bien exista una relación de dependencia entre los afectados, o bien que el titular del bien jurídico, o la persona en su caso responsable de su protección, hayan asumido riesgos más elevados confiando en la intervención del garante o hayan renunciado a otras medidas de protección"⁴².

La existencia de vinculación familiar se refiere a las relaciones más próximas que han de descansar en un vínculo jurídico, pues motivos de solidaridad natural hacen que los parientes más cercanos se obliguen recíprocamente a eliminar los peligros que amenacen la vida o la integridad personal, dudándose si el compromiso se puede extender a bienes jurídicos inferiores a este citado. Así, podrán detentar la posición de garantes los cónyuges, los compañeros permanentes, los padres, los hijos, los hermanos, por ejemplo. La jurisprudencia es la llamada a cerrar el círculo de la vinculación natural como generadora de deberes de garante.

Las estrechas relaciones comunitarias dan lugar a una fuente de deberes de garante, porque la participación voluntaria en una actividad peligrosa, en la cual intervienen varias personas, produce una confianza recíproca, que le permite a cada uno de los participantes en el riesgo común a contar con la intervención de alguien en el momento de un peligro para el bien jurídico comprometido. Ejemplo: el guía de una excursión está obligado a suministrar toda ayuda necesaria a quien por razones de debilidad no puede seguir adelante.

Hay asunción voluntaria cuando alguien confiando en la oportuna y eficaz intervención del garante se expone a un peligro mayor. Es garante, entonces, el vigilante, el salvavidas, el profesor de natación, por ejemplo.

⁴⁰FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Op. cit. p. 162.

⁴¹Cfr. MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 265.

⁴²JESCHECK. Op. Cit. p. 856.

b. La responsabilidad por determinadas fuentes de peligro se da: a. Por el actuar precedente. b. Por el deber de control de fuentes de peligro que operan en el propio ámbito social de dominio. c. Por la conducta de otra persona. Es necesario que el garante mantenga el control de la propia fuente de peligro.

La primera hipótesis (el deber de garante por el hecho peligroso precedente) consiste en que quien, con una conducta anterior crea una situación de peligro para determinado bien jurídico, está obligado a evitar que el peligro se plasme en una lesión. Así, quien atropelle a un peatón y huye sin socorrerle, sabiendo que posiblemente muere, es responsable de esa muerte, porque su injerencia (el actuar precedente que se concreta en el atropello), ha procurado el peligro para la vida del transeúnte. Valga la pena señalar que la responsabilidad se extiende tanto a quien produce dolosamente el peligro como a quien lo crea culposamente, quedando exento quien produce el peligro sin dolo ni culpa, como cuando el cuidadoso conductor atropella a quien imprudente o intencionalmente se arroja a las llantas del vehículo.

El segundo supuesto opera respecto de quien tiene bajo la esfera de su dominio una fuente de peligro para los bienes jurídicos, siendo responsable de la concreción de tal peligro, porque "la sociedad debe confiar en que, quien ejerce el poder de disponer sobre un espacio delimitado que se halla abierto a otros o desde el cual es posible incidir sobre otros, domine los peligros que en dicho ámbito pueden proceder de objetos, animales, instalaciones o maquinaria"⁴³. Ejemplos: quien tiene una fiera en su casa y omite cerrar la jaula, será autor de homicidio o de lesiones personales si el animal mata o hiere a alguien. El controlador de vuelos que se distrae originando su omisión un accidente, es responsable de las muertes causadas (a título de dolo eventual o de culpa).

Hay responsabilidad por la conducta de otra persona, cuando quien tiene el deber de proteger, cuidar o vigilar a alguien, omite tal deber, dando ello lugar a la producción de daños, pues se halla en posición de garante respecto de los males que su dependiente pueda causar. El padre responde de los daños ocasionados por su hijo, cuando la omisión de la vigilancia debida da lugar a la lesión de un bien jurídico. Deber de garante tiene el maestro con respecto a las acciones de sus alumnos en el ámbito escolar, a igual que el personal de la prisión debe evitar que los presos cometan hechos punibles.

El deber de actuar del garante y el poder hacerlo, revelan la concurrencia de los normativo en el concepto jurídico-penal de acción.

3.4 LA ACCION COMO CONCEPTO SOCIAL

Si a través de la acción es que se cumple la lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente tutelado, se pone de manifiesto, entonces, la perfecta relación

⁴³ibidem. p. 861.

que existe entre estos dos conceptos (la acción y el bien jurídico), lo cual obliga a hacer un breve comentario sobre la noción del bien jurídico.

En un Estado de Derecho o en uno Social de Derecho, como el nuestro, el Estado acapara la potestad de penar (el *uis puniendi*), pero dicha potestad no es absoluta,

ya que tiene sus límites jurídicos. Esos límites están dados por "la necesidad de intervención"⁴⁴ o "el principio de necesidad de la pena"⁴⁵ o la "naturaleza subsidiaria del derecho penal"⁴⁶, de manera que la intervención de la violencia penal del Estado sólo se justifica en cuanto se ajuste a la necesidad para la conservación de una vida comunitaria ordenada, lo cual se concreta en que el derecho penal es la *última ratio*, porque sólo es dable acudir a él cuando han fallado todos los demás mecanismos de control que están puestos al servicio del Estado, teniendo, además, un carácter fragmentario porque no puede utilizarse para regular gran parte de la actividad social, sino sólo frente a aquellos hechos de gran incidencia en la vida comunitaria.

Pero la sola necesidad de intervención no basta, pues el derecho a sancionar debe tener un telos: ha de estar dirigido a procurar la protección de los bienes jurídicos, ROXIN, dice: "esto significa que en cada situación histórica y social de un grupo humano los presupuestos imprescindibles para la existencia en común se concretan en una serie de condiciones valiosas, de las que, por ejemplo, la vida, la integridad corporal, la libertad de actuación o la propiedad, todo el mundo las tiene presentes; en una palabra: los llamados bienes jurídicos; y que el Derecho penal tiene que asegurar esos bienes jurídicos penando su lesión en determinadas condiciones"⁴⁷.

La conceptualización del bien jurídico no puede partir de una fundamentación abstracta y exclusivamente jurídica-positiva, hasta el punto de considerar que cada norma jurídica lleva implícito su bien jurídico, agotándose todo en la norma (en un sentido inmanente del bien jurídico), hasta convertirlo en un concepto totalmente absoluto y dependiente de la norma⁴⁸.

Ha de partirse, entonces, de un concepto trascendental, de un planteamiento concreto, o sea del lugar en donde lo dejó situado V. LISZT, pues el autor alemán arranca de la idea de que los bienes jurídicos no son de creación de la norma, sino que surgen de la vida, correspondiéndole al derecho reconocer y proteger estos intereses que aparecen en cabeza del individuo que se halla inmerso en una sociedad, de manera que los bienes jurídicos están más allá del derecho positivo. Frente a la

⁴⁴BUSTOS RAMIREZ, Juan. Introducción al Derecho Penal. Temis : Bogotá, 1986. p. 26.

⁴⁵COBOS y VIVES, citado por BUSTOS RAMIREZ. Introducción... p. 265.

⁴⁶ROXIN. Op. Cit. p. 21.

⁴⁷ibidem.

⁴⁸BUSTOS RAMIREZ, Juan. Bases Críticas de un nuevo Derecho Penal. Temis : Bogotá, 1982. p. 15.

posición inmanente, a la pregunta: en dónde está el bien jurídico?, habría que responder: está en la norma y, a la pregunta: en dónde está la norma?, la respuesta sería: está en el bien jurídico; de suerte que se presentaría un reenvío de nunca acabar, mientras que con una posición trascendental, tal como lo anunció V. LISZT, habrá que responder que el bien jurídico está en la vida, en la vida del hombre en interacción.

Pudiera decirse que el bien jurídico es la ventana del hecho punible a través de la cual entra a éste la política criminal, para formar un todo indisoluble, y para marchar paralelamente, hombro a hombro, pues cuando el uno de los dos se adelanta el sistema falla, si la particular dogmática de una sociedad se regaza, por haber sido aventajada por la realidad social, el derecho penal entra en la obsolescencia, atraso que se produce por la impermeabilidad a la actualización del contenido de las diversas relaciones sociales que son materia de protección por parte del derecho penal, desconociéndose que dichas relaciones son cambiantes en el tiempo y en el espacio.

Mediante un concepto trascendental del bien jurídico se produce la vivificación del hecho punible, pues sin él sería algo abstracto reducible a un discurso simplemente lógico, a lo cual, desafortunadamente, se le ha querido llevar en nuestros tiempos y en nuestra geografía, por una terquedad a desconocer la influencia de los cambios sociales en la creación e interpretación de la ley penal, o por un temor a reconocer dicha realidad social, haciendo del concepto del delito algo abstracto, vacío y sin contenido, por el apego incondicional a una norma en la cual creemos hallar todo, a espaldas de lo social y lo axiológico, que es precisamente lo que nutre un determinado esquema del hecho punible.

Cuando el art. 2 del C.P. consagra el principio del acto, complementándose con el art. 4 (el principio de lesividad), se proclama en nuestro ordenamiento que la conducta del hombre merecedora de violencia estatal es aquella que tiene capacidad transformadora del mundo social. Con razón afirma JESCHECK que la acción es comportamiento humano socialmente relevante⁴⁹, característica que adquiere "cuando afecte a la relación del individuo con su mundo circundante y alcance a éste último sus consecuencias. Es necesario para ello, que el comportamiento llegue a trascender al exterior, para lo que es suficiente en la omisión la ausencia de los efectos que hubiese entrañado el hacer esperado y conducible"⁵⁰. Carácter social que le asigna en nuestro medio jurídico FERNANDEZ CARRASQUILLA al definir la acción como "la realización de un valor en el mundo social"⁵¹, porque considera que

⁴⁹JESCHECK. Op. Cit. p. 295.

⁵⁰Ibidem.

⁵¹FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan.

"apunta a un fin inmerso en el valor y que la propia voluntad para asumirlo como tal fin"⁵².

Si el bien jurídico concreta una relación social dialéctica y concreta⁵³ y debe estar en una permanente interdependencia con el concepto de acción, resulta fácil entender por qué ésta es una manifestación social que produce una "interferencia intersubjetiva"⁵⁴. Quedan excluidos, por tanto, los fenómenos propios del fuero interno, como el modo de pensar y de creer, las conductas inidóneas, las inocuas, las imposibles y las putativas.

3.5 LA ACCION COMO CONCEPTO FINAL

El concepto de acción no se agota en lo externo (lo natural, lo normativo-valorativo y lo social), porque esa fenomenológica interferencia de lo social y de lo normativo necesariamente hay que ligarla con lo subjetivo, sin que ello signifique una absorción de lo culpable por parte del tipo y sin que ello se traduzca en una herejía frente a la dogmática local, pues nuestro esquema del hecho punible no amarra tanto como para cerrar definitivamente paso a un concepto de acción impregnado de cierto subjetivismo, a fin de evitar el inútil recorrido que a veces hay que hacer por los demás estadios del delito.

No hay por qué aferrarnos a la única idea de que lo subjetivo de la acción llega solo hasta la mera voluntariedad, conducidos por teorías exclusivamente causales o causales-valorativas, así como tampoco debemos admitir como verdad absoluta que la acción se agota en la sola finalidad, porque ello estaría abriendo camino a un derecho penal de autor, trayendo como consecuencia que en la antijuridicidad se haga solo un desvalor de acto, dejando a un lado, como lo hace el finalismo, el desvalor del resultado (como ocurre, por ejemplo, con la culpa). La acción es finalidad, en cuanto que el hombre que actúa debe poseer una voluntad suficientemente idónea para trascender el mundo externo, o sea el mundo de lo causal, de lo valorativo y de lo social, o sea que la acción supone en el agente una capacidad de buscar fines, o sea una "capacidad de voluntad final valorativa"⁵⁵, de manera que por lo mínimo debe tener capacidad de entender el sentido de la acción, pues sin éste no es posible proponerse fines.

De ahí que no hay acción y son, por consiguiente, irrelevantes para el derecho penal en la fuerza irresistible, la inconsciencia y los actos reflejos. La fuerza irresistible se refiere a la vis física absoluta, o sea aquella que elimina toda posibilidad de reacción

⁵²Ibidem.

⁵³Cfr. BUSTOS RAMIREZ, Juan. Introducción... p. 30.

⁵⁴FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Op. Cit. p. 133.

⁵⁵Ibidem. p. 136.

voluntaria, no extendiéndose a la vis moral, porque ésta se encuentra contemplada como causal de exclusión de la culpabilidad en el numeral 2 del art. 40 del C.P. Son movimientos reflejos aquellos en los cuales no tiene lugar la voluntad porque se transmiten directamente por el subconsciente, como en los casos de paralización momentánea, ocasionados por una impresión física o síquica, como el deslumbramiento o el pánico, por ejemplo, o "las acciones de corto circuito" en las cuales a pesar de que existe el elemento volitivo, el movimiento reflejo es tan veloz que no permite que éste (el elemento volitivo) produzca reacciones contrarias. No hay acción por inconsciencia, en el hipnotismo, el sueño, etc.

4. REFLEXIONES FINALES

La revisión crítica de nuestro esquema del delito, iniciada, con razón, desde hace varios años por los profesores NODIER AGUDELO y JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA, no ha de interpretarse, como equivocadamente lo han entendido algunos, como un trasplante al cuerpo de nuestra dogmática de órganos donados por esquemas foráneos, pues para mantener lo autóctono de nuestro derecho penal (si es que los hemos tenido después de la conquista) no hay que rechazar tercamente los aportes de las direcciones doctrinales que por su solidez han logrado trascender la esfera geográfica de los países de donde son originarias, pues así como hemos avanzado en pos del grado de superación de otras civilizaciones, también tenemos que adecuar nuestra normatividad a la realidad social que cambia hoy a pasos agigantados, sin que por ello se trate de una adopción incondicional de conceptos extranjeros, porque ya no es tiempo de las ciegas convicciones y porque muchas veces los trasplantes doctrinarios resultan rechazados, por incompatibilidad, por el cuerpo social al cual se pretende aplicarlos.

Además, no podemos posar de originales, porque la dogmática plasmada en el C.P. de 1980 se oxigenó con conceptualizaciones venidas de allende nuestras fronteras, procurándose, sí, no colocarle a tal estatuto una camisa de fuerza doctrinaria, pues los integrantes de las distintas Comisiones redactoras del actual código fueron insistentes en advertir que no se acogía un particular esquema, siendo el tiempo el encargado de darles la razón, porque lo importante no es la estructura del hecho punible que se adopte, sino la suficiencia que tenga para resolver en su seno la problemática que ponga en apuros el aseguramiento de una convivencia social, sin interesar la impronta que lleve: clásica, neoclásica, finalista o postfinalista. Lo que importa no es la senda que se escoja, sino llegar a la meta, o sea limitar el derecho de penar del Estado, de manera que la intervención de la violencia estatal esté regida por la necesidad de la misma y orientada a proteger bienes jurídicos determinados, teniendo siempre de presente el respeto por la dignidad del hombre, para hacer del derecho penal la carta magna del ciudadano.

Es por ello por lo que compartimos en su integridad el pensamiento de FERNANDEZ CARRASQUILLA, expuesto, así: "Un corte en este instante de la historia del pensamiento penal muestra a los penalistas divididos en dos bandos antagónicos, casi irreconciliables, que disputan arduamente sobre el concepto de acción y sus implicaciones sistemáticas en la construcción de la teoría del delito. Se debate

igualmente con denuedo sobre la composición y ubicación sistemática del dolo -cuyo concepto secular pretende cambiarse en el derecho penal-, la estructura del injusto (¿desvalor de acto solamente o también desvalor de resultado?) y el contenido de concepto de culpabilidad (psicologismo vs normativismo), entre otras muchas cosas. Para un observador externo, la lucha es tan encarnizada que parece importante y sería porque involucra dos concepciones teóricas harto diferentes del delito, que se supone, desde luego, han de producir consecuencias también muy diferentes en la aplicación del derecho penal, esto es, en la administración de la justicia penal. Esta es, sin embargo, una falsa apariencia, pues, salvo algunos casos aislados, los problemas acarreaban en ambos sistemas las mismas soluciones, aunque por caminos distintos y con distintos esfuerzos mentales; la principal diferencia estribaba en que unos resolvían en la acción típica lo que los otros atendían en la culpabilidad, asignado por supuesto diversos contenidos a estos conceptos (los llamados esquemas clásico, neoclásico y finalista del delito)"⁶⁶.

La tendencia local revisionista ha de partir de lo que se entienda por bien jurídico, para no quedarnos en la simple búsqueda del concepto de acción, pues hemos visto que éste solo de nada sirve, sino se le pone en referencia con aquel. Es al amparo del bien jurídico que podremos librar las venideras batallas para hacer del derecho penal una disciplina impregnada de realidad social, en cuyo diseño debe haber una democrática y plural participación, tal como lo manda el art. 1 de la C.N., fijándose parámetros que permitan una interpretación y aplicación adecuada al medio en donde se halla inmerso el hombre social, pues es así como lograremos vivificar el derecho penal para que su destinatario, el hombre, el hombre de la calle, lo pueda entender y criticar.

⁶⁶FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Delito y Error. Temis: Bogotá, 1990. p. 3.