

El sistema penal debe construirse a partir de las finalidades que se le asignen y del modelo de Estado. ¿Cambio de paradigma gracias a la irrupción del funcionalismo?



Francisco Bernate Ochoa*

Recibido: julio de 2004

Aprobado: diciembre de 2004

INTRODUCCIÓN

Algún sector de la doctrina ha encontrado en lo que se denomina *funcionalismo*¹ un verdadero cambio de paradigma,² frente a lo que tradicionalmente se encontraba en la literatura jurídico-penal. Así, se señala que bajo tal rubro³ se incluyen las tesis de aquellos autores para quienes la construcción de la teoría del delito debe realizarse a partir de las funciones que al derecho penal se le asignan dentro de una sociedad o de un determinado Estado.⁴



* Coordinador del Área de derecho penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

¹ Sobre el significado del funcionalismo Cfr. Grosso García, Manuel Salvador, *Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Colección de Estudios Breves, pp. 67 y ss.

² Khun, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, 1º edición, trad. de Agustín Contín, México, Fondo de Cultura Económica, 1972.

³ Peñaranda Ramos, Enrique, *Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito*. Ponencia presentada en el seminario celebrado en León los días 8 y 9 de junio de 2000, DOXA, 23, 2000. Silva Sánchez, Jesús María, *Introducción a B. Schünemann (comp.), El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en homenaje a Claus Roxin en su 50º aniversario*, Madrid, 1991, pp. 19 y ss.

⁴ "Asistimos en el ámbito del saber de las ciencias sociales y del método jurídico al triunfo del funcionalismo, entendido de manera amplia como la corriente del pensamiento que orienta el pensamiento hacia los fines sociales de integración y consenso. En el ámbito de estudio y contención de la criminalidad, ello significa para el saber criminológico el dominio de las tesis de la prevención de la delincuencia, y para

Un análisis más detallado revelará que ello no es cierto, pues desde la ideología penal de la Ilustración se entiende que el derecho penal cumple unos determinados fines, y que es a partir de allí que deben dotarse de contenido las diferentes categorías dogmáticas, lo cual ha sido revivido por todas las escuelas del derecho penal con claras incidencias dentro del sistema propuesto por cada corriente de pensamiento, lo que, eventualmente, se ha visto a su vez reflejado en las legislaciones.

En el presente documento demostraremos que la construcción teleológica del sistema de delito, es decir, orientado a partir de la función del sistema, no es patrimonio exclusivo de las denominadas corrientes funcionalistas, sino que ha estado presente a lo largo del desarrollo de la ciencia del derecho penal.⁵

1. LA PROPUESTA ILUSTRADA

El derecho penal fruto de la Ilustración representa un cambio de paradigma frente a lo que era el derecho penal autoritario, su antecesor.⁶ El punto de partida lo representa un nuevo entendimiento del Estado, que pierde su carácter metafísico que lo acompañó en épocas pretéritas y pasa a ser concebido como un ente abstracto resultante de la suma de las voluntades de los individuos –centro de esta nueva ideología–, que su favor ceden una porción de sus derechos, a cambio de la protección que éste ente abstracto les proporciona.⁷

A este nuevo entendimiento del Estado debe adicionarse el advenimiento de la filosofía racionalista propia de la Ilustración, caracterizada por el entendimiento del individuo como ser racional, capaz de acceder al conocimiento gracias al empleo de la razón y el consecuente replanteamiento de todas las instituciones de la vida social que serán explicados ya no en términos religiosos, sino racionales.

el saber penal el éxito de las corrientes teleológico-funcionalistas. Según esta orientación del pensamiento, el sistema penal se encuentra determinado por el fin de prevención, que constituye el valor rector del razonamiento sistemático y que permite aclarar el relativismo axiológico en funciones sociales". Zúñiga Rodríguez, Laura, *Política criminal*, Madrid, Colex, 2001, p. 31.

⁵ Gómez Pavajeau asigna a Roxin el mérito de haber puesto de presente la relación que era obvia entre modelo de Estado y derecho penal. Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, "Relaciones entre poder político, derecho penal y derechos fundamentales", en *Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal. Segunda Parte*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, p. 33.

⁶ Grosso García encuentra en el nacimiento del principio de legalidad la primera revolución científica dentro del derecho penal, en tanto que gracias a este postulado se toma distancia entre la potestad punitiva como un acto de arbitrariedad, y se pasa al entendimiento del derecho penal como un acto de racionalidad. Grosso García, Manuel Salvador, *Dos estudios...*, op. cit., p. 25.

⁷ Arboleda Ripoll, Fernando, "Política criminal y nuevo código penal", en *Estudios sobre los nuevos códigos penales*, Universidad de Salamanca, 2001, p. 13.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 135-155, enero-junio de 2005

Lo anterior genera –como resultado más importante para los efectos del presente estudio– la secularización⁸ del poder punitivo, en contra del carácter religioso y autoritario que anteriormente el mismo ostentaba,⁹ produciendo las siguientes consecuencias en el sistema punitivo:

- a) Al producirse una separación entre delito y moral¹⁰, se modifica el fundamento de la sanción criminal. El delito no será entendido en adelante como un acto pecaminoso, sino que se reafirma la necesidad de la nocividad del comportamiento. Así entonces, el delito será aquella conducta que interfiera en la órbita de acción de otro ciudadano¹¹ y no simplemente un acto pecaminoso.
- b) La expiación del delincuente deja de ser la función de la pena, que encontrará su finalidad en la necesidad de prevenir los delitos. Surge entonces, el denominado principio de proporcionalidad de las sanciones, en tanto que si lo que se busca es prevenir el delito, la pena debe ser ajustada a la conducta que se le endilga al procesado. Por el contrario, si se cuenta con penas excesivamente altas, ello podrá incentivar a la comisión de delitos más graves, pues si el delincuente recibirá la misma sanción cuando comete uno de tales reatos, que uno menos grave, no habrá suficiente motivación para que se abstenga de cometer el más grave.
- c) El principio de legalidad representó un gran avance para el derecho penal, e igualmente es fruto del pensamiento liberal de la ilustración. Así, si el legislador es el legítimo representante de los intereses de los ciudadanos, solamente el, en su carácter de tal, es quien puede determinar, con claridad y precisión, las conductas que se considerarán nocivas y señalar la respectiva sanción para los mismos, que a su vez debe ser aplicada por el Juez, que, al no ostentar la representación del pueblo, se debe limitar a aplicar la ley sin que pueda interpretarla.

⁸ Prieto Sanchíz, Luis, *La filosofía penal de la Ilustración*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, p. 25.

⁹ Sobre el derecho penal en el Estado absolutista, cfr. Gómez Pavajeau, *op. cit.*, pp. 33 y ss.

¹⁰ *Ibid.*, p. 56.

¹¹ De allí que en el marco del Estado liberal no encuentren explicación los delitos de omisión en los que claramente no hay una conducta de interferencia, sino por el contrario una abstención relacionada con una actuación que se debió ejecutar teniendo en cuenta la situación de la persona frente al bien jurídico tutelado. *Ibid.*

A manera de conclusión dentro de este primer aparte, podemos señalar que gracias al cambio que la ideología de la ilustración produjo en el entendimiento del derecho penal, se generaron unas consecuencias en el entendimiento del delito, tales como la necesidad de consagración legal de las conductas delictivas, así como la exigencia de la nocividad de la conducta para que sea viable su represión por la vía del derecho criminal. Lo anterior nos permite afirmar que a partir de un entendimiento del Estado, así como su legitimación y función de la sociedad se lograron importantes cambios que marcaron el punto de partida para lo que se denomina el moderno derecho penal.

2. LAS ESCUELAS ITALIANAS

2.1 La escuela clásica

La escuela clásica del derecho penal liderada por Carrara es fruto del movimiento liberal y sus máximos desarrollos los obtiene dentro de la concepción del Estado de derecho. Heredera de la obra de Beccaria, esta nueva escuela parte igualmente de un fin: los intentos por limitar la –hasta entonces– omnipotente potestad estatal que a su vez, se verifica en la creación de un esquema del delito que se compadece con ello.

Así, aplicando el método deductivo, se parte de que el delito es un ente jurídico, en tanto que su esencia radica en la violación de un derecho.¹² Se reitera entonces la necesidad de nocividad de la conducta, siendo el daño un elemento necesario pero no suficiente para que podamos hablar de la presencia de un delito y apareciendo la necesidad de la concurrencia de un acto externo,¹³ con lo cual hace aparición el principio del acto.

Necesario pero no suficiente en tanto que se requiere igualmente el elemento moral. Así, se parte de la base de que el hombre es libre –lo cual es igualmente fruto de la ideología de la ilustración– y por ende, el fundamento de la responsabilidad se encuentra en el de-

¹² Agudelo Betancur, Nódier, *Grandes corrientes del derecho penal. Escuela clásica. El pensamiento jurídico-penal de Francesco Carrara*, Medellín, Ediciones Nuevo Foro Penal, 1996, p. 20.

¹³ *Ibid.*, p. 20.

nominado *libre albedrío*,¹⁴ es decir, la posibilidad que tiene el hombre, en cuanto ser racional, de optar por el bien o por el mal. La pena cumplirá la función de restablecer el orden que ha sido quebrantado con la conducta criminal.¹⁵

Como consecuencias en la dogmática de los anteriores postulados, tenemos las siguientes:

1. Se reitera la necesidad de la lesividad de la conducta, elemento que si bien será necesario, no será suficiente.
2. El delito es la resultante de fuerzas morales y fuerzas psíquicas, que deben ser consideradas en su causa y en su efecto.¹⁶
 - a) Fuerzas morales en su causa. Se refiere al libre albedrío, es decir, el delito debe provenir de una voluntad libre, inteligente y sana.
 - b) Fuerzas morales en su efecto. Se refiere al temor que se genera para los buenos y el mal ejemplo para los malvados.
 - c) Fuerza física en su causa. Es el comportamiento físico del hombre.
 - d) Fuerza física en su efecto. Es el mal que se ocasiona con el delito.

2.2 Escuela positivista

La crisis del Estado liberal fundamentado en las famosas doctrinas del *dejar hacer, dejar pasar*, y de la acumulación de capitales, desembocó en la crisis de los años veinte y el consecuente advenimiento del Estado intervencionista.¹⁷ El advenimiento de este nuevo modelo de estado se refleja en la dogmática penal con el surgimiento en Italia de la ideología de la defensa social¹⁸ y la escuela positivista como reacción a la escuela clásica.

El fin del derecho penal dentro de estas concepciones, es el de prevenir el crimen. Así entonces, se reitera la función preventiva de la

¹⁴ *Ibid.*, p. 21.

¹⁵ *Ibid.*, p. 22.

¹⁶ *Ibid.*, p. 20.

¹⁷ Sobre la relación entre escuela positivista y Estado intervencionista, Cfr. Gómez Pavajeau, *op. cit.*, p. 61; Agudelo Betancur, *op. cit.*, p. 54.

¹⁸ Cfr. Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, 6 edición, México, Siglo Veintiuno Editores, 2000, p. 37.

pena en cambio de la retribución sostenida durante la época del Estado autoritario, en tanto que la misma no debe solamente retribuir, sino que además es necesario que resocialice al delincuente.¹⁹

Partiendo de la ideología de la defensa social, y del entendimiento del delincuente como un ser anormal²⁰ –en todo caso perteneciente a una minoría desviada– los seguidores de la escuela positivista aplican el método inductivo, para, a partir del estudio científico realizado en delincuentes, extraer las características del hombre desviado a quien se le debía imponer una sanción tendiente a su curación.

Igualmente, los cultores de esta corriente de pensamiento abordaron la cuestión de la legitimidad de la respuesta penal en cabeza del Estado²¹, señalando que este, como representante de la sociedad, era el legitimado para reprimir la criminalidad por medio de las instancias oficiales de control social, obrando en nombre de una mayoría no desviada en aras de la reafirmación de los valores sociales.²²

Establecido el fin –la defensa social– los pensadores de la escuela clásica señalan que lo importante a los efectos de determinar el *quantum* de la sanción es la peligrosidad del sujeto desviado, con lo que la proporcionalidad –entendida como la relación de tal que debe existir entre el daño cometido y la sanción aplicable– se determina de acuerdo a la peligrosidad del sujeto y no al daño cometido. Así mismo, se revalúa el principio de lesividad, pues el elemento subjetivo pasa a ser necesario y –a diferencia de lo que acontecía con la escuela clásica– suficiente.

A partir de lo anterior, y como consecuencias dogmáticas, se permite entonces la punición de la tentativa inidónea y del delito imposible; así mismo, surgen las instituciones²³ de la condena de ejecución condicional, la libertad condicional y el perdón judicial.

¹⁹ *Ibid.*, p. 37.

²⁰ *Ibid.*, p. 36. En contra, Mezger, Edmund, *Derecho penal. Parte General*, México, Cárdenas editor, 1990, p. 86.

²¹ Gómez Pavajeau, *op. cit.*, p. 64. Igual, Agudelo Betancur, *op. cit.*, p. 20.

²² *Ibid.*, p. 36. Ferri señaló que el estudio del derecho penal refleja las corrientes político-sociales que dominan la vida del Estado. Ferri, Enrique, *Principios de derecho criminal*, Madrid, Ed. Reus, p. 41. Citado por Gómez Pavajeau, *op. cit.*, p. 33, nota 52.

²³ *Ibid.*, p. 65.

Nótese, una vez más, cómo el sistema penal se corresponde perfectamente con la ideología imperante para entonces, y sus categorías se determinan a partir de unos fines establecidos por unos valores superiores.

3. LA DOGMÁTICA ALEMANA

En la dogmática alemana la situación no es nada distinta. Para los efectos del presente escrito dividiremos las escuelas en ontológicas y valorativas.²⁴

3.1 Escuelas ontológicas

Definido el delito por Beling en 1906 como una conducta típica, antijurídica y culpable, las escuelas del delito comparten –salvo momentos concretos en el desarrollo de la teoría– tal definición. Las aproximaciones ontológicas de la teoría del delito comparten los siguientes rasgos en común:

1. Construyen la teoría del delito a partir del concepto de acción.²⁵ El concepto de acción será entonces el sujeto, del cual los demás componentes de la oración serán predicados (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad).²⁶
2. A su vez, el concepto de acción es tomado, sin más, de lo ontológico, del mundo del ser, básicamente del concepto que del mismo se tenga en las ciencias naturales.
3. Por su parte, la pena será simplemente la consecuencia del delito, sin que se estudie la incidencia que la función de la misma pueda tener en la construcción sistemática.



²⁴ El origen de esta distinción lo hallamos en Reyes Alvarado, Yesid, *Fundamentos teóricos de la imputación objetiva*, en DPC, No. 45, Universidad Externado de Colombia, 1991, p. 114, nota 61. Su distinción la mantiene en *Imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1996, pp. 51-71. Igual en Grosso García, *Dos estudios...*, *op. cit.*, p. 26, nota 7.

²⁵ Mezger, *op. cit.*, p. 86. Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, *op. cit.*, p. 51.

²⁶ No en vano se habla –aún(!)– de la función de piedra angular que cumple el concepto de acción en la teoría del delito. En tanto que se entiende que es a partir del concepto que de tal se maneje que se construyen las demás categorías del esquema del delito. Al concepto de acción igualmente se le han asignado las funciones de permitir la verificación del principio del acto, la limitación de lo punible, en tanto que solo aquello que pueda ser entendido como un actuar entra en las redes de lo penal y la función clasificatoria, en virtud de la cual gracias al concepto de acción los delitos se dividen en delitos de acción y de omisión. Cfr. Velásquez V. Fernando, *Manual de derecho penal*, Bogotá, Temis, 2002.

4. Las categorías dogmáticas se construyen siempre “de izquierda a derecha”, es decir, primero se analiza la acción, luego la tipicidad, posteriormente la antijuridicidad y, por último, la culpabilidad.

3.1.1 El causalismo

La filosofía positivista imperante a comienzos del siglo XX condujo a que se entendiera que sólo tiene carácter de científico aquello que es verificable por los sentidos, y a la consecuente discusión de si el derecho es una ciencia. El esquema causal,²⁷ cuya aparición se da con los inicios del mencionado siglo XX, refleja el intento por aplicar en las ciencias sociales los métodos de las ciencias de la naturaleza y permitir así, el tratamiento del derecho como ciencia.²⁸

El concepto de acción, que cumplirá la función de piedra angular de la teoría del delito, es entendido en términos puramente naturalísticos por los cultores de esta corriente como un movimiento muscular que produce un cambio en el mundo exterior perceptible por los sentidos.²⁹ Si en la naturaleza los sucesos se ordenan en términos de causa-efecto, lo mismo debería suceder con el concepto clásico de acción para los efectos de la teoría del delito. Así, en la acción la causa estaría dada por el movimiento muscular, el efecto estaría dado por la modificación en el mundo exterior perceptible por los sentidos³⁰ y, entre ambos (causa y efecto), se encuentra el nexo causal,³¹ explicado mediante la teoría de la equivalencia de las condiciones, cuya autoría se remonta a la obra de V. Buri, y que puede ser explicada en términos sencillos señalando que no distingue ni cualitativa, ni cuantitativamente, entre todas las causas que convergen para la producción de un resultado.³²



²⁷ Sus principales autores son V. Liszt y Beling. Contrario a lo que algunos afirman, este esquema tuvo bastantes cultores como lo demuestra Jescheck. Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas, *Tratado de derecho penal*, 5 edición, trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Comares, 2002, p. 218, nota 27.

²⁸ El positivismo buscaba que los problemas del derecho se solucionaran con argumentos sistémicos, sin que hubiera lugar a valoraciones de tipo filosófico o sociológico.

²⁹ Por todos, Jescheck y Weigend, *op. cit.*, pp. 217 y ss. El concepto de acción sin embargo incluía un mínimo de referente psíquico, conocido como voluntariedad y en virtud del cual no hay acción cuando se obra bajo ciertos estados, como el desvanecimiento, el cumplimiento de un deber, la presencia de una fuerza irresistible. Liszt, Franz Von, *Tratado de derecho penal*, 20 edición, trad. Luis Jiménez de Azúa, Madrid, Editores Hijos de Reus, 1916, p. 285.

³⁰ Von Liszt, *ob. cit.*, p. 288.

³¹ Liszt distingue la causación objetiva en la cual la relación entre causa y efecto es una “relación análogica”, y la causación subjetiva, en la que culpablemente se causa o no impide el resultado. *Ibid.*, p. 290. Reyes Alvarado, *Imputación objetiva, op. cit.*, p. 52.

³² Señala textualmente Von Liszt: “[T]odas las condiciones del resultado son, por consiguiente, del mismo valor”. Liszt, *ob. cit.*, p. 293. Cfr. Mezger, *op. cit.*, p. 111.

El injusto en el causalismo es igualmente objetivo. En primer lugar, el tipo será objetivo-descriptivo, en tanto que describe los sucesos de la naturaleza sin que haya lugar a valoración alguna. La antijuridicidad es igualmente objetiva pero se le introduce un componente valorativo. Para esta corriente de pensamiento, el segundo estrato del delito se agota en la antijuridicidad formal, en tanto que su contenido se agota en la constatación de la concurrencia de un “permiso para actuar”, es decir, en las causales de justificación. Allí aparece el componente valorativo, determinado por la labor del juez en la cual establece si unos hechos sometidos a su conocimiento se subsumen en una causal de justificación.

Si se verifica dentro de esta escuela que en la conducta del procesado no concurre ninguna causal de justificación, el paso siguiente es analizar la imputabilidad. En efecto, superado el injusto, la imputabilidad aparece como presupuesto de la culpabilidad, y estará determinado por la calidad del nexo psíquico, es decir, que ese hecho provenga de una mente que no presente anomalía alguna. Superado lo anterior, todo lo subjetivo encuentra su lugar en la culpabilidad, la cual se agota en el dolo y la culpa como sus formas, y es definida como el nexo psíquico³³ entre lo querido por el autor y el resultado.

Muchas críticas afrontó el esquema causal del delito. Lo que queremos resaltar en este espacio es que su construcción obedece claramente a un fin, el de demostrar que el derecho es una ciencia, pero para ello sus cultores tenían que renunciar a parámetros axiológico-valorativos, lo cual se refleja claramente dentro de cada una de las categorías dogmáticas. A pesar de las críticas que contra él se han formulado, es innegable que se trata de un sistema de gran coherencia y cuya utilidad didáctica no puede ser desconocida.

3.1.2 El neokantismo

A partir de las críticas afrontadas por el causalismo, así como del cambio en la filosofía imperante, surge la escuela del neokantismo como la segunda de las corrientes de pensamiento ontológicas.

³³ Véase nota 20.

El punto de partida del neokantismo es diferente al de su antecesor, pues a partir de la distinción entre ciencias naturales y ciencias sociales plantea una ruptura conceptual con el causalismo.³⁴ Así, mientras en las primeras los objetos están dados y el sujeto que los conoce no los puede modificar, en las ciencias sociales sí es posible que el sujeto del conocimiento valore el objeto del conocimiento. En segundo lugar, mientras que en las ciencias de la naturaleza los fenómenos se ordenan de causa a efecto, en las ciencias sociales se ordenan de medios a fines.³⁵

El derecho pertenece a las ciencias sociales. En cuanto al derecho penal, su fin está dado por la protección de bienes jurídicos,³⁶ y ello a su vez condiciona los medios.³⁷ En la estructura del delito, y en cuanto al concepto de acción, el neokantismo distingue la acción en sentido estricto y en sentido amplio. Cuando los conceptos son tomados en sentido estricto, esta escuela mantiene las mismas nociones que sus antecesores conceptuales, los causalistas; por el contrario, cuando los conceptos se emplean en sentido amplio, el sujeto del conocimiento puede modificar el objeto del conocimiento, los fines condicionan a los medios y, por ende, se introducen modificaciones a las formulaciones del causalismo.

En cuanto a la acción, si bien mantiene un concepto ontológico,³⁸ en sentido estricto mantiene la noción que de la misma había acuñado el causalismo. Por su parte, en sentido amplio –el fin condiciona los medios– se permite que la omisión se entienda como acción.³⁹

Por su parte, los cultores de esta escuela entienden el tipo como prevalentemente objetivo y excepcionalmente subjetivo.⁴⁰ En cuanto a la relación de causalidad, Mezger formula la teoría de la relevan-



³⁴ El punto de partida es distinto, pero es claro que el neokantismo es, en esencia una corrección del esquema causal. Cfr. Jeschek, *ob. cit.*, p. 219.

³⁵ Ejemplo de ello es lo que sucede con la causalidad, en la que Mezger distingue aquélla para efectos de las ciencias y otra para los efectos de la responsabilidad. Mezger, *op. cit.*, p. 113.

³⁶ Merkel, A., *Derecho penal*, trad. de P. Dorado, Madrid, pp. 2 y ss.

³⁷ Mezger, *op. cit.*, pp. 142 y ss. En igual sentido, Jeschek, *op. cit.*, p. 220. Una vez más, el fin condiciona los medios, con lo cual se reitera nuestra tesis de que el funcionalismo, entendido como el establecimiento de las categorías del delito a partir de la finalidad que se le asigne al derecho penal no es algo exclusivo de las concepciones valorativas. No resulta fortuita, entonces, la frecuente vinculación de la obra de Roxin con el neokantismo. Así, Silva Sánchez, "Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites", en Roxin, Claus, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 96, nota 7. Schünemann, *op. cit.*, pp. 31 y ss.

³⁸ *Ibid.*, p. 87. Como afirma Mezger, "el concepto de acción es un concepto ontológico".

³⁹ Merkel, *op. cit.*, p. 34.

⁴⁰ Mezger, *op. cit.*, pp. 143 y ss. Se destaca el descubrimiento, por parte de los cultores de esta escuela, de los elementos normativos y de los elementos subjetivos del tipo. Cfr. Jeschek, *op. cit.*, p. 221.

cia típica, en virtud de la cual debe distinguirse entre la causalidad por comprobar de una determinada conducta, y la cuestión normativa sobre la relevancia jurídica del suceso causante del resultado concreto, lo cual se responderá con el sentido del correspondiente tipo penal.⁴¹

Mezger concibe el injusto como una unidad. Así entonces, entre tipo y antijuridicidad existirá una relación de *ratio essendi*, ya que el tipo fundamenta el injusto y contiene una descripción anticipada de la prohibición.⁴²

El injusto, por su parte, para esta escuela estará dado por la contradicción objetiva entre el hecho y el ordenamiento jurídico, por lo que es objetiva y su contenido estará dado por la norma objetiva de valoración.⁴³

La culpabilidad⁴⁴ continúa incluyendo como formas⁴⁵ al dolo⁴⁶ y la culpa,⁴⁷ pero se adiciona el juicio de reproche⁴⁸ y la imputabilidad, que pasa de ser presupuesto a componente de esta categoría dogmática, y será entendida como la capacidad de entender la ilicitud del acto y de autodeterminarse conforme a esa comprensión.



⁴¹ Rudolphi, Hans-Joachim, *Causalidad e imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 29. Mezger, *op. cit.*, p. 113.

⁴² *Ibid.*, p. 145. Cfr. Jeschek, *op. cit.*, p. 222.

⁴³ *Ibid.*, p. 132. El criterio de la antijuridicidad material entendida como daño al interés público se remonta a Ferri. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal*, tomo III, Buenos Aires, Ediar, 1987, p. 563, nota 6.

⁴⁴ Merkel, *ob. cit.*, p. 108.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 225. Esta tesis se conoce como teoría del dolo y sus efectos se ven en el error de prohibición. Véase nota 31.

⁴⁶ Dolo que a su vez se compone del conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción típica (elemento cognoscitivo), la voluntad de realizarlos de conformidad con ese conocimiento (elemento volitivo) y la conciencia de antijuridicidad; para los efectos de esta escuela, la conciencia de antijuridicidad es conciencia actual, con lo que, para que se pueda estimar cumplida la conciencia de antijuridicidad es necesario que al momento de la comisión del hecho el sujeto tenga pleno conocimiento de la ilicitud de su comportamiento. Cfr. Mezger, *op. cit.* p. 247. Señala literalmente: "...[p]ertenece al dolo [...] también la 'conciencia de la antijuridicidad' como conocimiento de la injusticia del hecho en conjunto". Este aspecto tiene una gran importancia en lo relativo al error de prohibición. Así, cuando el error es invencible se debe absolver por ausencia de reprochabilidad en la conducta, mientras que cuando el error sea vencible, se condena pero por el remanente culposo —la otra forma de culpabilidad—.

⁴⁷ Definida por Mezger de la siguiente manera: "[h]a actuado culposamente aquel a quien se le reprocha haber desatendido un deber de precaución que le incumbía personalmente y que por esto no ha evitado el hecho y sus consecuencias". El contenido valorativo es claro en la anterior afirmación. Mezger, *op. cit.*, p. 256.

⁴⁸ Este aporte a la dogmática es obra de Frank. Véase Jeschek, *op. cit.*, p. 222. Mezger, *op. cit.*, pp. 225 y 253.

Optar por un esquema neokantiano genera consecuencias en el sistema del delito:

1. El injusto estará dado por la lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado, de lo que se desprende lo siguiente:
 - a) Es necesario distinguir, para efectos de la tasación de la pena, entre el delito consumado y el delito tentado.
 - b) La distinción entre actos ejecutivos y actos preparatorios se realiza a partir de la puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado (teoría objetivo-material de la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos). Estaremos en los actos preparatorios una vez el bien jurídico sea puesto en peligro.
 - c) Impunidad para los eventos de tentativa inidónea⁴⁹ y delito imposible.⁵⁰
2. Al asignarle a la norma penal un contenido prevalentemente objetivo, basta con que se reúnan los presupuestos objetivos para que pueda reconocerse una causal de justificación.
3. El error de prohibición vencible se sancionará por el remanente culposo cuando la ley hubiere previsto tal manera de comisión, de lo contrario, habrá lugar a absolución.
4. Al admitir la teoría de los elementos negativos del tipo, un error sobre los presupuestos fácticos de una causal de justificación deberá recibir el tratamiento del error de tipo.

3.1.3 El finalismo

El neokantismo, como corriente de pensamiento jurídico-penal, no estuvo exento de críticas. Sin embargo, el surgimiento de la siguiente corriente ideológica no fue consecuencia –como en el caso del tránsito del causalismo al neokantismo– de los defectos sistémicos de su antecesor, sino de los excesos en que se incurrió gracias a la famosa equiparación ley/justicia/derecho propugnada por los neokantianos.⁵¹



⁴⁹ Sobre la necesidad de idoneidad en la tentativa véase Mezger, *op. cit.*, p. 284.

⁵⁰ Sobre la impunidad del delito imposible, *ibid.*, p. 279.

⁵¹ Ello dio lugar incluso a una escuela de derecho penal conocida como la escuela de Kiel. Sus principales autores son Dahm, Schaffstein, Marxen y Eckert. Cfr. Jeschek, *op. cit.*, p. 226.

A partir de la década de los treinta se produce el advenimiento del Estado social de derecho y la consecuente búsqueda de criterios materiales que limiten la actuación del legislador.⁵² Es en este intento que encontramos el pensamiento de Hans Welzel, quien a su vez es el autor más reconocido de la escuela finalista. Así, Welzel encuentra en las estructuras lógico-objetivas los límites a la actuación del legislador, y, a su vez, éstas están constituidas por la naturaleza misma de las cosas.⁵³ En los eventos en que el legislador contraría las estructuras lógico-objetivas, ello no afecta su validez, sino que la tornará imperfecta, fragmentaria o con lagunas.⁵⁴

A partir de la psicología Welzel formula su concepto final de acción⁵⁵ para señalar que la misma es ejercicio de finalidad. Así, la persona supradetermina la causalidad, y puede dominar el suceso dentro de ciertos límites y dirigir su comportamiento hacia la consecución del fin deseado. En la acción final, entonces, el individuo comienza por anticiparse finalmente al suceso, para luego elegir los medios de acción necesarios, considerar los efectos concomitantes que de su actuar se derivarían, y luego emprender el camino que mentalmente ya ha trazado.⁵⁶

La acción es entonces acción final,⁵⁷ con un claro contenido subjetivo con lo cual se produce una importante consecuencia en el injusto, que es realmente el giro más importante del finalismo –en contra de algún sector de la doctrina que se limita a señalar que lo más significativo de esta escuela es el desplazamiento del dolo al tipo– pues con la subjetivización de la acción y su inclusión dentro del injusto, éste adquiere su carácter ético-valorativo.

⁵² Zaffaroni, *op. cit.*

⁵³ *Ibid.*, p. 298. Igual, Radbruch, Gustav, *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, Colección de monografías jurídicas, No. 82, 1999, p. 66.

⁵⁴ Zaffaroni, *op. cit.*, p. 301. Es por ello que la denominada teoría de las estructuras lógico-objetivas se conoce igualmente como derecho natural negativo, pues lo que busca es limitar la actuación del legislador. Cfr. Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1962, pp. 242 y ss. Citado por Zaffaroni, *op. cit.*, p. 301, nota 49.

⁵⁵ Roxín, *op. cit.*, p. 38.

⁵⁶ Estas conclusiones de Welzel son fruto de la que sobre su pensamiento tuvo Hönigswald. Cfr. Zaffaroni, *op. cit.*, p. 302, nota 53. En todo caso, la referencia sigue siendo ontológica.

⁵⁷ Igualmente se cita la influencia que tuvo Aristóteles en el pensamiento de Welzel, en tanto que para aquél no podía concebirse ninguna acción humana que no fuera final. Cfr. Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*, tomo III, p. 67, nota 104.

A su vez, la acción se divide en:

- a) Acción interna: comprende la elección del fin y de los medios, así como la consideración de efectos concomitantes.
- b) Fase externa: superado lo anterior, se inicia la ejecución de la conducta punible, dando inicio a los actos preparatorios que serán impunes salvo que la ley los sancione de manera independiente, pasando por los actos ejecutivos y terminando en la consumación del hecho.⁵⁸

Así, el finalismo cuenta con un componente extremadamente fuerte a nivel del tipo, que en adelante se bifurca en:

- a) Tipo objetivo: incluye la conducta, el resultado, el nexo de causalidad, los sujetos activo y pasivo de la conducta, el objeto material, el objeto jurídico así como los elementos normativos del tipo.⁵⁹
- b) Tipo subjetivo: incluye el dolo,⁶⁰ pero entendido como la simple intención sin que haya lugar a valoración alguna, es decir, se reduce a un elemento cognoscitivo referido sólo a los hechos, y a un elemento volitivo. La conciencia de antijuridicidad pasará a formar parte de la culpabilidad.⁶¹

El derecho penal entonces –para el finalismo– protege los valores ético-sociales, en tanto que los destinatarios de las normas deben introyectar sus contenidos, y de allí que la norma penal se entienda como norma subjetiva de determinación, y el injusto se entienda como prevalentemente subjetivo, siendo el objetivo un elemento cofundante del mismo.⁶² En efecto, una vez el individuo ha introyectado esos valores, los bienes jurídicos se protegen pero indirectamente, sin que de ninguna manera ello constituya el fin del derecho penal que, se reitera, estará dado por la protección de los valores ético-sociales.⁶³



⁵⁸ Gracias al concepto personal de acción, los actos consumativos se equiparan a los actos preparatorios.

⁵⁹ Zaffaroni, *op. cit.*, p. 263.

⁶⁰ Dohna, *Der Aufbauder Verbrechenlehre*, 2 edición, Bonn, 1941.

⁶¹ Zaffaroni, *op. cit.*, p. 306.

⁶² Jescheck, *op. cit.*, p. 228.

⁶³ Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, *op. cit.*, p. 54.

Por último, la culpabilidad⁶⁴ se compone de: a) imputabilidad, b) conciencia potencial de antijuridicidad,⁶⁵ c) reprochabilidad.

Optar por una tesis de corte finalista generará las siguientes consecuencias en la teoría del delito.

1. El injusto estará dado por la rebeldía frente a la norma, siendo entonces la norma penal entendida como subjetiva de valoración. De lo anterior se desprende lo siguiente:
 - a) No es necesario distinguir, para efectos de la tasación de la pena, entre el delito consumado y el delito tentado.
 - b) La distinción entre actos ejecutivos y actos preparatorios se realiza a partir del plan del autor; así, será acto ejecutivo aquél que para el autor lo sea y, por el contrario, será acto preparatorio lo que de conformidad con el plan del autor constituya un acto preparatorio (teoría subjetiva para distinguir el delito tentado del delito consumado).
 - c) Punición para los eventos de tentativa inidónea y delito imposible.
2. Al asignarle a la norma penal un contenido prevalentemente subjetivo, basta con que se reúnan los presupuestos subjetivos para que pueda reconocerse una causal de justificación.
3. El error de prohibición vencible se sancionará con dolo, pero el reproche hacia el autor es inferior, por lo que es procedente una atenuación en la pena.

3.2 Las concepciones valorativas

Al contrario de lo que sucede con las escuelas ontológicas, las corrientes valorativas proponen la construcción teórica del delito no a partir de conceptos ontológicos, sino a partir de la función que se le

⁶⁴ Roxín, *op. cit.*, p. 38.

⁶⁵ Surge entonces la teoría estricta de la culpabilidad, en contraposición a la teoría del dolo (véase nota 31), con la consecuencia de que en el error de prohibición vencible la conducta sigue siendo dolosa, procediendo a lo sumo una rebaja de la pena en estos eventos y no la condena por el remanente culposo como acontecía en el neokantismo. El que la conciencia de antijuridicidad sea potencial y no actual, significa que en el finalismo no es necesario que el sujeto conozca la ilicitud de su conducta al momento de realizar los hechos sino que basta con que haya podido conocer la contrariedad de su actitud con el ordenamiento jurídico.

asigne al derecho penal. Así, la pena⁶⁶ recupera el papel protagonista y desplaza del mismo al concepto de acción.

3.2.1 La propuesta de Roxin

Roxin⁶⁷ propone la superación del conocido dualismo metodológico formulado por Liszt entre dogmática penal y política criminal⁶⁸ en virtud del cual “el derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal”.⁶⁹

Para este autor, el fin del derecho penal se encuentra en la mejor conformación social posible,⁷⁰ con lo que el derecho penal se debe orientar a impedir la comisión de delitos y a practicar la prevención sintetizando las exigencias de un Estado de derecho, con las de un Estado social.⁷¹ La constante tensión entre garantías del ciudadano y la prevención de los delitos va a ser determinante en la obra de este autor.⁷²

Roxin encuentra que las teorías de la pena determinan el camino a seguir para lograr el cumplimiento de la función del derecho penal, entendida en términos de garantía de la libre y pacífica convivencia en sociedad, en tanto que mediante aquéllas se logra influenciar al delincuente individual (prevención especial) y, a su vez, a todos los miembros de la comunidad (prevención general).⁷³

Así, en primer término, el injusto penal⁷⁴ se encuentra determinado por la tensión entre la protección del individuo y de la sociedad,



⁶⁶ Roxin, Claus, “Política criminal y dogmática jurídico penal en la actualidad”, en Roxin, *op. cit.*, pp. 57 y ss.

⁶⁷ Sobre la propuesta de Roxin como continuación del neokantismo véase la nota 27. Es indiscutible la incidencia de este autor dentro de las concepciones contemporáneas, al punto que constituye, sin lugar a dudas, y como él mismo lo reconoce, “[l]a concepción por mí desarrollada y que en Alemania es hoy mayoritaria...”. *Ibid.*, p. 45.

⁶⁸ Definida por Von Liszt como “el conjunto ordenado de principios —en el sentido de reglas racionales—, con los cuales se adelanta la lucha contra el delito por parte del ordenamiento jurídico.” Von Liszt, *op. cit.*, p. 5.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 7. Roxin, Claus, *Política criminal y estructura del delito*, Juan Bustos Ramírez, Hernán Hormazábal Malarée (trads.), Barcelona, PPU, 1992, pp. 42 y ss. “los conceptos jurídicos de la parte general tienen que ser determinados desde sus consecuencias jurídicas y su concepción sistémica tiene que originarse en criterios directrices político criminales”.

⁷⁰ Roxin, *ibid.*, pp. 57 y ss.

⁷¹ Roxin, *op. cit.*, p. 31.

⁷² *Ibid.*, p. 34.

⁷³ Grosso García, Manuel Salvador, *El concepto del delito en el Nuevo Código Penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, p. 256.

⁷⁴ *Ídem.*

contrapuestos a la garantía de la libertad de los ciudadanos frente a las reacciones desproporcionadas por parte del Estado (en tanto que preventivo, generalmente podría ser deseable contar con las mencionadas penas desproporcionadas, en términos de prevención general negativa). En tanto que es función del derecho penal –señala Roxin– la evitación de riesgos para el individuo y la sociedad, el injusto se concreta en la realización de un riesgo no permitido para un bien jurídico penal.⁷⁵

En el ámbito de tipo objetivo Roxin llega a formular su teoría de la imputación objetiva, en virtud de la cual, para que se pueda imputar objetivamente un resultado,⁷⁶ es necesaria la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, así como su concreción en un resultado lesivo para un bien jurídico. Esta tesis fue el fruto de sucesivas modificaciones por parte del mismo Roxin, en tanto que se establece una serie de criterios ulteriores que excluyen la posibilidad de imputación en el ámbito del tipo objetivo, y que fueron consecuencias de las falencias que, en la práctica, la formulación inicial presentaba.⁷⁷ Así, criterios como el de la teoría del incremento del riesgo, la prohibición de regreso –en su formulación inicial–, el ámbito de protección de la norma, y el ámbito de protección de la víctima terminaron complementando su tesis tal y como había sido inicialmente concebida.⁷⁸

El autor en comento propone que la categoría dogmática de la culpabilidad sea reemplazada por la de la responsabilidad.⁷⁹ Ésta, a su vez, se compone de un comportamiento injusto pese a la accesibilidad normativa del autor y la necesidad de pena⁸⁰ en el caso concreto.

En términos generales, la propuesta de Roxin puede ser caracterizada señalando que se trata de una dogmática orientada hacia las consecuencias, aún a costa de su coherencia sistemática. En efecto, aplicando el método deductivo, este autor prescinde de la formula-

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 44 y ss.

⁷⁶ Lamentablemente en nuestro medio la confusión entre responsabilidad e imputación objetiva ha impedido una mayor difusión y desarrollo de esta importante teoría. Al respecto cfr. Bernate Ochoa, Francisco, *Delitos de falsedad en estados financieros*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.

⁷⁷ Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, *op. cit.*, p. 72.

⁷⁸ Reyes Alvarado, Yesid, "El concepto de imputación objetiva", en *Revista derecho penal contemporáneo - Revista internacional*, No. 1, Bogotá, Legis Editores, 2002.

⁷⁹ Grosso García, *El concepto del delito en el Nuevo Código Penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, p. 257.

⁸⁰ Roxin, "Problemas básicos del sistema de derecho penal", en Roxin, *op. cit.*, p. 61.

ción de un sistema de teoría del delito coherente, en aras de la producción de resultados “político-criminalmente” deseables.⁸¹

3.2.2 La propuesta de Jakobs

A diferencia de lo que sucede en la formulación elaborada por Roxin, en Jakobs encontramos una construcción dogmática coherente, sistémica, y fundada en ciencias diferentes a la del derecho.

La propuesta de Jakobs se encamina a encontrar criterios de legitimación material del derecho penal en la sociedad. Así, partiendo de las tesis de Luhmann, Jakobs⁸² entiende la sociedad como un todo que se organiza a partir de la vigencia de unos determinados principios y valores fruto de un proceso de evolución.

Por tanto, la sociedad cuenta con unos valores que deben ser garantizados mediante instituciones que la misma crea, dentro de los cuales está el derecho penal, como contradicción de la contradicción de las normas.⁸³ El delito entonces pierde su carácter ontológico y pasa a entenderse como una comunicación en virtud de la cual el agente comunica que para él la norma no está vigente.

Por ejemplo, dentro de esta postura, en el homicidio lo relevante no es el cadáver, sino el mensaje en virtud del cual para el homicida el valor de la vida, presente en la sociedad, no está vigente. Así, mientras la norma del homicidio contiene una declaración de principio, por la cual la vida se protege dentro de una comunidad, lo relevante en el acto de matar a otro no es el muerto como tal, sino la declaración que hace el homicida de que para él esa norma no está vigente. La pena, como respuesta de la comunidad, lo que hace es reiterar la vigencia de la norma que protege el homicidio, en tanto que los



⁸¹ Cfr. Grosso García, *El concepto del delito en el Nuevo Código Penal*, op. cit., p. 256. El mismo Roxin reconoce que su propuesta no es realmente un sistema. Roxin, *La evolución...* op. cit., pp. 51, 65, 74. Igual en Bernate Ochoa, Francisco, “La legitimidad del derecho penal”, *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 6, No. 1, Universidad del Rosario, Bogotá, abril de 2004, pp. 61-80.

⁸² Sobre la influencia del pensamiento de Luhmann en Jakobs. Jakobs, *Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 9. Peñaranda Ramos, Enrique, “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito”, en DOXA, No.23, 2000, p. 289 y ss. Prieto Navarro, Evaristo, *Teoría de sistemas, funciones del derecho y control social. Perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal*, DOXA, 2000, pp. 265 y ss.

⁸³ Jakobs, op. cit., p. 11. Grosso García, *El concepto del delito...* op. cit., p. 263.

demás miembros de la comunidad podrán continuar confiando en que la norma que protege la vida se encuentra vigente.⁸⁴

A partir de lo anterior se construye la propuesta sistemática de Jakobs. En primer lugar, si lo relevante no es el suceso en términos naturalísticos sino el acto comunicativo, es posible equiparar la acción y la omisión, toda vez que, en cuanto cuestionamiento de la vigencia de la norma, resultan equiparables.

En segundo lugar, la acción se entiende como acción culpable, en tanto que lo relevante no es que concurra una conducta en términos ontológicos, sino que la misma sea atribuible como penalmente relevante a su autor, lo cual presupone que la misma le sea objetivamente imputable, como fruto de su actuar, y además subjetivamente imputable como su responsabilidad. Como afirma de manera acertada Grosso García, este concepto de acción supone una limitación frente a las teorías objetivas descritas, en las cuales basta que haya conducta en términos naturalísticos para que pueda hablarse de acción.⁸⁵

En tercer lugar, la responsabilidad se fundamenta a partir de:⁸⁶

1. Deberes egativos.⁸⁷ Se trata de los deberes de competencia por organización, en los cuales la expectativa normativa se dirige hacia la evitación de consecuencias exteriores del ámbito de organización del autor que puedan ser lesivas para bienes jurídicos.

Dentro de estos deberes se encuentran:

- a) Deberes de aseguramiento en el tráfico: el contenido del deber es configurar el ámbito de administración de forma adecuada, de manera que no sea usurpada una organización ajena, por lo cual cada persona debe tomar las medidas que sean necesarias para la evitación de daños a otras personas.

⁸⁴ Prieto Navarro, *op. cit.*, p. 265. Para Jakobs la pena se dirige a la sociedad, no al sujeto que delinque. Cfr. Jakobs, "Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos", en Jakobs, Günther, *Estudios de derecho penal*, Civitas, 1997, pp. 127 y ss.

⁸⁵ Grosso García, *El concepto del delito...*, *op. cit.*, p. 266, nota 619.

⁸⁶ Montealegre Lynett, Eduardo, "Introducción a la obra de Gunther Jakobs", en revista *Justicia penal militar*, Bogotá, 2003, pp. 21 y ss.

⁸⁷ Son negativos en tanto que "su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos". *Ibid.*, pp. 21 y ss.

- b) Deberes de salvamento: surgen cuando el curso causante ya ha alcanzado una organización ajena y se tiene el deber de revocar tal usurpación.⁸⁸
 - c) Deberes negativos que surgen de la asunción. En éstos se está obligado a tomar las medidas propias para la compensación del defecto creado y del cual se es competente.⁸⁹
2. Deberes positivos en virtud de competencia institucional. Las expectativas se dirigen a la prestación de ayuda solidaria en beneficio de un bien jurídico.⁹⁰ Estos deberes positivos se caracterizan porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen.⁹¹

4. CONCLUSIONES

1. El funcionalismo, en tanto que determina las categorías dogmáticas a partir de los fines del derecho penal, enmarcados dentro de un modelo de Estado y un momento histórico determinado, no representa cambio de paradigma alguno frente a sus antecesores, que igualmente partían de una formulación similar.
2. La teoría del delito se encuentra supeditada a un momento histórico, social y político determinado, por lo que no puede entenderse aislada respecto al modelo de Estado en el que se va a aplicar.
3. El cambio que representan las concepciones valorativistas, especialmente la liderada por Jakobs, frente a las demás escuelas, está en que renuncian –en menor medida Roxin y en mayor medida Jakobs– a la construcción de la teoría del delito a partir de datos ontológicos para realizarla a partir de criterios jurídicos.

⁸⁸ Jakobs, Günther, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2001, p. 18.

⁸⁹ Por todos. Bernate Ochoa, Francisco, "La injerencia en el nuevo código penal para el distrito federal de México y el código penal colombiano", *Revista de Derecho Penal de la Universidad de Friburgo*, Suiza, en www.unifr.ch/derechopenal/articulos.

⁹⁰ Jakobs, *Injerencia...*, *op. cit.*, p. 31.

⁹¹ Montealegre, *op. cit.*, p. 22.

Por lo anterior, la teoría de Jakobs sí representa, a diferencia de lo que sucede con la propuesta de Roxin, un cambio de paradigma y un intento por la construcción de un sistema de derecho penal, partir de presupuestos claros que determinan el contenido de cada una de las estructuras del delito.