

Los elementos subjetivos distintos del dolo, del tipo o del injusto: una inclusión de la jurisprudencia nacional para la descripción de la conducta punible

Omar Hernando Narváez Díaz¹

Resumen

Los elementos subjetivos distintos del dolo, del tipo o del injusto corresponden a instrumentos descriptivos y restrictivos de la tipicidad, que además involucran un componente intencional o anímico para definir el riesgo jurídicamente relevante, pero, ¿cuál es el lindero del razonamiento judicial y del proceso de inferencia para su estructuración? Sobresale esta discusión, no por la inclusión que efectúa el legislador que se presenta como un referente, sino ante las reglas de hermenéutica fijadas por el órgano de cierre para algunas de las conductas compendiadas en el estatuto punitivo, en gracia de ser extensibles a otras con el desarrollo del derecho penal. El presente trabajo constituye un discernimiento jurídico crítico, cuyo método cualitativo toma como insumos a la jurisprudencia y a la doctrina. Se obtiene como resultado que la instrumentalización que hace la Sala de Casación Penal respecto de tales institutos puede comportar una exigencia adicional en la hipótesis delictiva.

Palabras clave:

Tipicidad subjetiva, dolo, teleología, razonamiento, inferencia.

¹ Abogado de Universidad Surcolombiana de Neiva-Huila. Especialista en Derecho Probatorio de Universidad Católica y en Derecho Procesal de Universidad Libre. Magíster en Derecho -énfasis en D. Procesal- Universidad Sergio Arboleda. Candidato a Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Libre y a Especialista en Casación Penal de la Universidad Gran Colombia.

Abstract

Subjective elements other than fraud, type or unjust correspond to descriptive and restrictive instruments of typicity, which also involve an intentional or psychic component to define the legally relevant risk, but what is the boundary of the judicial reasoning and the process of inference for its structuring? This discussion stands out not because of the inclusion made by the legislator who is presented as a reference, otherwise in view of the hermeneutic rules set by the closing body for some of the behaviors summarized in the punitive statute, in order to be extensible to others with the development of criminal law. The present work constitutes a critical juridical discernment, whose qualitative method takes as inputs the jurisprudence and the doctrine. It is obtained as a result that the instrumentalization that the Criminal Cassation Chamber makes with respect to such institutes may entail an additional requirement in the criminal hypothesis.

Keywords

Subjective typicity, fraud, teleology, reasoning, inference.

Planteamiento pregunta de investigación o problema jurídico:

¿En qué se caracteriza la actuación de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia frente al límite del razonamiento judicial y al proceso de inferencia de los elementos subjetivos distintos del dolo?

Hipótesis:

La práctica del tribunal de cierre frente al proceso de inferencia de los elementos subjetivos distintos del dolo se caracteriza por la indeterminación de este elemento estructural

del tipo, que, a su turno, no culmina ajustándose al principio de legalidad ni a los preceptos del Estado Social y Democrático de Derecho. Por más tinte garantista del que quiera revestirse ese proceder, resulta redundante y excesivo incorporar otros conceptos de intencionalidad, finalidad o animosidad para definir el riesgo del bien jurídico tutelado, cuando la teoría general del delito y la descripción típica, desde una óptica dogmática concretan contenidos de índole subjetiva, salvo que, la deficiencia legislativa permita la aplicación del *iura novit curia*.

Objetivo General:

Identificar cuál es el límite al razonamiento judicial y al proceso de inferencia de los elementos subjetivos distintos del dolo.

Objetivos específicos:

- Estimar las diferencias entre el contenido objetivo del tipo penal y el *telos* de la norma, de cara a la configuración del injusto.

- Determinar cuál es el sentido otorgado a los elementos subjetivos distintos del dolo como restricción teleológica del tipo penal.

- Establecer si todas las conductas punibles poseen elementos subjetivos distintos del dolo.

Justificación:

El presente trabajo nace como requisito para obtener el grado de Especialista en Casación Penal de la Universidad La Gran Colombia. Aspira a aportar al mundo jurídico y académico limitaciones al razonamiento judicial y al proceso de inferencia de los elementos subjetivos distintos del dolo. Es sabido que en materia de tipicidad objetiva una conducta resulta

típica cuando trasciende un riesgo relevante que la descripción normativa previene -imputación objetiva-. En otras palabras, la norma jurídica integra instrumentos objetivos, pero también subjetivos para configurar el injusto desde una perspectiva finalista (Valarezo Trejo & Durán Ocampo, 2019). Sin embargo, existen escenarios donde la autonomía de estos últimos exige una mayor rigurosidad en su conformación, aun cuando confieren una especie de discrecionalidad que puede derivar en un poder ilimitado.

Supuestos particulares como los contenidos en los artículos 239 (hurto), 376 (tráfico, fabricación o porte de estupefacientes), 413 (prevaricato por acción) y 414 (prevaricato por omisión) del Código Penal, entre otros, emergen como puntos de referencia para abordar la temática trazada y contrastar si los componentes de la descripción típica obedecen a una prescripción endógena -legislador- o exógena -jurisprudencia-. Cuando se trata de advertir sobre los límites, la trascendencia de esta investigación radica en validar si las exigencias adicionales en la hipótesis delictiva fulguran como representaciones del garantismo o en potestades inconmensurables del órgano que ostenta la función de efectivizar el derecho material y unificar la jurisprudencia.

Estado del arte

El legislador en ejercicio de la potestad inherente a la democracia representativa efectúa una introducción del aspecto subjetivo del tipo, pero, además, de elementos de esa índole diferentes del dolo (conocimiento sistemático objetivo e intención), del tipo (descripción normativa) o del injusto (acción antijurídica) que se erigen como un referente jurídico. Empero, esta última no es la única forma teórica con estructura compleja, ya que las reglas de

hermenéutica fijadas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para algunas de las conductas compendiadas en el estatuto punitivo, comprenden un ejercicio dogmático, en gracia de ser, en la eventualidad, extensibles a otras con el desarrollo del derecho penal, la interpretación política y la ejecución de la política criminal, facultades legales y constitucionales propias de la sede de casación.

La actuación del tribunal de cierre, frente a una inclusión de la jurisprudencia nacional para la descripción de la conducta punible, ha sido desbordada en clave del principio de legalidad, debido a la instrumentalización que hace respecto de los elementos subjetivos distintos del dolo, comportando una exigencia adicional en la hipótesis delictiva. A esta labor, ante las deficiencias de un legislador que regularmente incurre en lagunas o vacíos, se le podría calificar como una adenda jurisdiccional o legislación discrecional en sede definitiva, cuyos efectos encuentran legitimidad en la facultad constitucional trazada por los preceptos 234 y 235 de la Constitución Política, junto con la legal otorgada por el canon 180 y subsiguientes de la Ley 906 de 2004.

Para entender la realidad jurídica actual en torno a la temática delineada, válido es invocar que algunos tratadistas predicán que los elementos subjetivos del tipo han cumplido una función garantista de descriminalización de conductas, después de que el finalismo condujo a que la acción -mejor analizada como conducta-, asentada en el conocimiento y las capacidades del autor, representa el centro del ilícito (Teixidor, 2011). Esa aproximación, si bien, en principio no desborda el derecho sustancial, se relaciona con la reestructuración sistemática del dolo, la imprudencia e incidencia de los referentes subjetivos del injusto que impiden la responsabilidad por el solo resultado.

El profesor (Hergott, 2021) hace una importante distinción en el contexto normativo para referirse a que el legislador ha confeccionado reglas jurídicas que exhiben contenidos subjetivos más exigentes al autor de la conducta punible. De ahí que, la comprobación de la punibilidad no se circunscriba solamente a evidenciar el aspecto objetivo, sino un doble componente subjetivo: (i) el dolo: como tópico general y médula del injusto personal; (ii) los talantes psíquicos o tendencia interna trascendente, diferentes de la figura cognoscitiva y conativa: verbigracia el *animus lucrandi* en el hurto o el *animus injuriandi* en los delitos contra el honor.

Por otro lado, (Zaffaroni, 2000) en relación con los elementos diferenciados -distintos del dolo- a los que se ha hecho mención, reconoce la existencia de dos clases: (i) ultrafinalidades: “*con el fin*” o “*con el propósito de*”; y, (ii) del ánimo: actitudes o expectativas: verbigracia, la alevosía. Lo anterior para esclarecer que son intenciones que exceden del querer la realización del tipo objetivo o específicos ánimos puestos en el modo de materializar esa ejecución. Recuérdese que los aportes de este autor a la teoría del delito parten de la escuela finalista, enfatizando que los tipos dolosos exigen una correlación en sus dos elementos integradores -objetivo y subjetivo-; pero hay tipos de esta índole que sólo requieren el querer, la realización del tipo objetivo -dolo-; mientras que, otros, además del dolo demandan los elementos diferenciados.

En el contexto nacional (Salazar Marín, 2017) respecto a los elementos subjetivos plantea que básicamente son tres: (i) el dolo; (ii) la culpa -transgresión del cuidado necesario-; y, (iii) los ánimos especiales, que el finalismo encuadra en el tipo subjetivo. De esa forma, preconiza la no incompatibilidad entre el concepto “*final de acción*” y la “*teoría del dolo*”, ya que, si la acción endógena o exógena al derecho tiene naturaleza intencional y final, la ilicitud

también; luego como el sujeto conoce y quiere la realización de los hechos, igual lo ilícito de ellos, así como la materialización de los elementos del tipo –descripción, normatividad y subjetividad- y lo injusto culpable de su conducta.

Hasta allí es clara la figura tratada, pero, la cuestión radica en el momento de inferir o racionalizar un concepto no tipificado, escenario donde emerge un método como *la teoría de las condiciones para el conocimiento* (Sánchez-Málaga Carrillo, 2017), indicativa de que el dolo es un juicio subjetivo-normativo de imputación de conocimiento, que se aplica cuando el juzgador verifica 3 condiciones objetivas: (i) en el contexto social y personal de su acción, el imputado tenía un deber restringido de conocer un riesgo específico; (ii) la posibilidad efectiva de la comprensión de dicho riesgo; (iii) la imposibilidad de confiar *ex ante* en la no realización de ese peligro.

Esta teoría comporta una limitación al razonamiento judicial y al proceso de los elementos subjetivos del injusto para que no se incurra en generalizaciones, en la aplicación de máximas de la experiencia o se recurra a la intuición para resolver un caso determinado. Para este doctrinante, son insoslayables la dogmática y el discernimiento atenuado, para que no quede comprometido el criterio jurisdiccional con la mera imputación subjetiva, ni con la objetivación del dolo, sino para que el determinismo o el probabilismo cuenten con una técnica que permita su corroboración. En ese orden, el principio de culpabilidad cobra relevancia y trascendencia para delimitar el ejercicio del *ius puniendi* y el abuso del poder.

Marco teórico:

Aunque la discusión presentada trata de brindar aportes al campo académico y jurídico, sin soslayar que la actuación de la Sala de Casación Penal sólo toma como referente las teorías del delito y las escuelas dogmáticas en su interpretación política y ejecución de política criminal. No podía dejar de describirse el fundamento de la hipótesis inicial, a partir de las Escuelas Finalista y Funcionalista del Derecho Penal como complejidades epistemológicas que revisten la problemática y que superaron a la Causalista del siglo XIX, donde “*la acción*” se consideraba como un proceso causal con incidencia en el mundo externo y contraria a derecho -antijuridicidad objetiva-. Para el efecto, una evocación de sus postulados más relevantes y característicos:

+Cronológicamente dichos conceptos -finalismo y funcionalismo- obedecen a la ordenación lógica de un conocimiento, resaltando del primero -ejercicio de actividad final- que se erigió después del régimen nazi o segunda guerra mundial, de nuevo con la conducta humana dolosa o culposa como el concepto fundamental de la teoría del delito, desde una perspectiva ontológica. Sus particularidades respondieron en los siguientes sentidos: (i) tipicidad de la que siempre debería partir la ciencia penal: integrada por una parte objetivada y otra subjetivada, cuyo núcleo lo constituía el dolo; (ii) antijuridicidad como cuestión volitiva de la culpabilidad: lesión del bien jurídico y obra de un determinado autor; culpabilidad: juicio de reproche formulado al autor.

De acuerdo a (Poveda Perdomo & Poveda Rodríguez, 2021) el dolo es un aspecto de la finalidad, adecuado sin dificultad a la estructura típica dolosa, pero con inconveniencia en los

delitos imprudentes, ya que allí la finalidad es irrelevante. También, concluye tres efectos a saber: (i) el error de prohibición como causa de inculpabilidad en casos de invencibilidad; (ii) no hay participación en un hecho no doloso; y, (iii) el injusto imprudente es construido a partir del deber objetivo de cuidado.

+El funcionalismo aparece para superar el planteamiento sistemático y ontológico del finalismo, con dos caras: moderado (Roxin) y radical (Jakobs). Pero en términos generales, sin cuestionar la posición del dolo en la tipicidad *-nullum crimen sine lege-*, por un lado, con pretensiones de replantear las categorías del delito, a partir de discreciones de política criminal, en función de los fines de la pena *-prevención general y especial-*. Por el otro, para garantizar la identidad normativa de la sociedad *-teoría de los roles-*, creadora de expectativas de conducta *-prevención positiva-*, con miras a la protección de normas penales y no de bienes jurídicos; dogmática esta última que, a modo de crítica, persiste en pretensiones totalitarias.

La crisis del funcionalismo se basa en la visión tecnocrática del Derecho Penal y de la teoría del delito al querer brindarle un derrotero funcional, despótico de las garantías fundamentales, por ejemplo, la concepción de la teoría denominada “*el derecho penal del enemigo*”² (Palacios Valencia, 2010), legitimador de regímenes absolutistas. La presente temática se orienta, a partir de esas categorías epistemológicas, a enfatizar sus carencias y riesgos en la teoría general del derecho penal, así como a robustecer el argumento de la inclusión de categorías “*típicas*” adicionales, por parte de la jurisprudencia nacional, para la descripción de la conducta punible y la formulación de hipótesis delictivas, derivadas de esos razonamientos.

² Reacción de combate del ordenamiento jurídico, ante un problema de seguridad contra individuos peligrosos.

Marco metodológico:

De conformidad con el paradigma procedimental del artículo:

-Se elabora una estrategia analítica y teórica (heurística) del estado del arte, del marco teórico y la tesis propuesta.

-A través de la utilización de herramientas de revisión documental, jurisprudencia y doctrina que facilitan tal ejercicio de contrastación crítica.

-Se implementa un método cualitativo, descartando, de entrada, cualquier validación estadística o cuantitativa.

-Con un enfoque deductivo que busca extraer una conclusión de las proposiciones o premisas planteadas.

-El tema se circunscribe a áreas específicas de la parte general del Derecho Penal.

-La propuesta que se concluye arriba en aspectos que refuerzan la dogmática penal, sin que ello se entienda como la proscripción del garantismo que debe imperar en el proceso.

Contenido Estricto

Cuando se habla de la estructura del tipo (acción, objetividad, subjetividad, atipicidad y clasificación), en la dogmática penal no existe mayor discusión tratándose de la configuración del aspecto objetivo, como quiera que su índole descriptiva y deóntica responde a un esquema elemental de cualquier conducta ilícita con tres requisitos: el sujeto, la conducta y el bien jurídico. Tampoco hay contradicción en que el aspecto subjetivo incluye al dolo, el cual se ha predicado en todos aquellos comportamientos prescritos en la legislación sustantiva, donde la doctrina ha sustentado que se caracteriza por contener un momento cognitivo -saber- y otro

volitivo, es decir, la voluntad del sujeto para realizar los hechos constitutivos de la infracción trascendente en el campo penal.

Ahora bien, la controversia gira en torno a excepcionales momentos de indeterminación de los elementos subjetivos distintos del tipo, del dolo o del injusto, cuya presencia, en gráfica de (Velásquez Velásquez, 2020) puede ser detectada con facilidad en diversas descripciones típicas. Cuando se alude a este concepto, se parte del presupuesto intencional o motivacional del autor del propósito delictivo. Para una mejor ilustración acorde a la concreción que renglones atrás hiciera Zaffaroni sobre la correlación de los componentes integradores del dolo, en gracia de ejemplificación la siguiente tabla:

Elemento subjetivo	Intención, motivación o finalidad	Tipicidad
Especial	Con el propósito de obtener provecho para sí o para otro	Hurto
	Con ánimo de lucro ilícito	Estafa
	Seducir, usurpar y retener ilegalmente el mando	Rebelión o sedición
	Obtener para sí o para otro medio de prueba	Falsedad para obtener prueba de hecho verdadero
	Con el fin de cometer delitos	Concierto para delinquir

	Con el fin de alterar las condiciones del mercado	Daño en materia prima, producto agropecuario o industrial
	Con propósitos distintos al secuestro extorsivo	Secuestro simple
	Para apropiarse en todo o parte de bien inmueble, o para derivar provecho de él	Usurpación de inmuebles
	Con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo	Genocidio
	Con finalidad diferente al tratamiento	Manipulación genética
	Con finalidad diferente a la procreación humana	Fecundación y tráfico de embriones humanos
	Causar la muerte a una mujer por su condición o por motivos de identidad de género	Feminicidio
	Con el fin de suspender o paralizar el trabajo	Sabotaje
	Nobles o altruistas	Reglas para determinar la punibilidad

Impulsos del autor	Abyecto o fútil	Circunstancia de mayor punibilidad
	Legítima defensa	Ausencia de responsabilidad
	Con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro	Inducción a la prostitución
	Con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro	Constreñimiento a la prostitución
	Con el fin de obtener un provecho para sí o para otro	Falsedad personal
Animosidad	Sevicia	Circunstancia de agravación

No obstante lo anterior, no puede olvidarse que dichos elementos aunque perviven junto al dolo típico, gozan de autonomía. De allí que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia haya fijado reglas para algunas de las conductas compendiadas en el estatuto punitivo que no cuentan con esa descripción puntual, haciendo extensible la concepción de tal **intención, motivación o finalidad** -tendencia interna trascendente- para caracterizar el desvalor del comportamiento típico y, de esa manera, el injusto de la acción (Wessels, Beulke, & Satzger, 2018).

+Una clara muestra inicial de esa facultad del órgano de cierre queda demostrada en conductas en apariencia simples como el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, donde

el ánimo tendencial -facilitación del consumo ilegal a terceros- figura como elemento subjetivo del injusto, sin que la normatividad así lo contemple expresamente. Obsérvese la forma cómo la jurisprudencia nacional ha definido la situación: el fin propuesto o intención de la acción de traficar o distribuir el psicotrópico es lo que ha permitido la configuración de dicho injusto de peligro abstracto. Luego, es el funcionario judicial quien está obligado a realizar un juicio de antijuridicidad para establecer si se creó ese riesgo efectivo, verificable empíricamente. En efecto, es aquí donde se reconoce en el sujeto pasible del derecho punitivo, un elemento subjetivo implícito que impide acudir a criterios cuantitativos de dosis para uso personal (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP-497, Radicado 50512, 2018).

+Para continuar matizando el presente estudio, otro caso donde el dolo puede provenir del capricho del procesado se refleja en el prevaricato por omisión, panorama donde la intencionalidad recae en la pretensión de causar un daño u obtener ventajas para sí mismo o un tercero. Obsérvese que esta descripción no reposa expresamente en el canon 414 del Código Penal, empero, la jurisprudencia ha reiterado que en esa conducta pueden encontrarse intenciones distintas al dolo, como la superficialidad o el desinterés, previa determinación de la norma que asigna la función omitida o retardada por el responsable, además del lapso para su acatamiento (Corte Suprema de Justicia, Sentencia, Radicado 34852, 2012).

La relación de la pregunta de investigación formulada, con las Escuelas dogmáticas del Derecho Penal se basa en un carácter dialéctico -saber práctico arquitectónico- (Yarza, 1996) con pretensiones de validez del conocimiento que, en criterio de (Salazar Marín, Kamino a Shambhala blogspot, 2014), busca hacer compatible el sistema del delito -ontológico- y el comportamiento ilícito -volitivo-. De ese modo, la propuesta concierne en postular un método

jurídico, no vulnerador de la unidad del injusto típico -acción prohibida- ni de las garantías del procesado. Antes de llegar a este último postulado como fin propuesto, es menester la interrelación entre el finalismo y el funcionalismo, como se explica a continuación:

+Un acercamiento al por qué de esa dimensión del legislador y del intérprete no debe desconocer la complejidad epistemológica escogida, basada en la Escuela Finalista del Derecho Penal creada por Welzel, desde las siguientes perspectivas:

- (i) Predica que el dolo se relaciona con la tipicidad subjetiva.
- (ii) La acción es el elemento determinante en todo tipo penal, luego el delito es una acción -modificación del mundo material- injusta y culpable, mientras la culpabilidad equivale a un reproche. De modo que, para que haya delito, debe existir tipicidad objetiva, o coincidencia entre la acción y la descripción legal, sin excluir la finalidad del comportamiento (Gómez Hernández, 2006).
- (iii) Compete al funcionario judicial constatar los elementos subjetivos, a través de un procedimiento cognitivo y una valoración de esas categorías creadas por el legislador o fijadas mediante reglas por el órgano hermenéutico, para la resolución de los casos concretos.

A partir de lo antedicho, es válido aseverar que la propensión finalista se identifica por contemplar el dolo como parte de lo subjetivo y no de la culpabilidad. Cuestión esta última que,

como comentario marginal, resulta criticable por algunos autores, al invisibilizar un componente estructural de la teoría del delito.

+A su turno, la Escuela Funcionalista representada por Jakobs, en cuanto al punto escrutado consideraba aspectos internos al elaborar los tipos penales, de tal forma que auspiciaba la delimitación de la parte subjetiva de un hecho con relevancia en el Derecho Penal, circunscribiéndola a la tipicidad más que a la culpabilidad (Jakobs, 1987).

En esa línea de argumentación se propician dos interrogantes: 1. ¿Todas las conductas punibles poseen elementos subjetivos distintos del dolo? 2. ¿Hasta qué punto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia transgrede el principio de legalidad con su actuación de amplia discrecionalidad, coligiendo aspectos estructurales del Derecho Penal? De acuerdo con los postulados del marco teórico, para contestar esos interrogantes, se procederá a exponer una lógica argumentativa desde el estado del arte:

A esta altura de la argumentación se auspicia un diálogo jurídico entre los dos autores que constituyen el referente señalado, sin soslayar el garantismo de Zaffaroni que solidifica las proposiciones lógico-racionales. Pues bien, cuando se toma como punto de partida la imputación subjetiva de comportamiento, se alude a la reubicación sistemática del dolo y a facilitar una solución finalística-normativa de tipicidad conglobante, no sólo en las presunciones de dolo y culpa, sino también en los delitos de resultado.

Desde esa primera perspectiva, a voces del tratadista, es comprensible que en la antijuridicidad general inciden actitudes subjetivas y disposiciones psicológicas y emocionales

del autor del injusto. En efecto, no es posible concebir la comisión de la conducta y la responsabilidad con la sola configuración de la tipicidad objetiva, lo contrario sería retrotraer avances tan significativos que lograron superar el causalismo -- donde lo único exigible era un resultado. Adicionalmente, de la teoría final de la acción se derivan definiciones en materia de error -inculpabilidad-, imperfección de ejecución y participación -injusto imprudente-, cuestión que justifica la tipicidad como el núcleo central del dolo y no a la antijuridicidad ni a la culpabilidad.

A pesar de ello y respecto a la delimitación del dolo, es bastante relevante establecer a qué obedecen los criterios jurisprudenciales de inferencia de los estados mentales de determinación de ese componente estructural, que se ajuste a los preceptos del Estado Social del Derecho. Y, es aquí donde se coincide con la teoría de las condiciones para el conocimiento, como presupuesto de los límites al razonamiento judicial y al proceso de inferencia de aquellos elementos no descritos en el tipo. Ello, porque evita que el juzgador, a pesar del *iura novit curia* (Ezquiaga Ganuzas, 2019) con limitaciones razonables, obedezca a su percepción subjetiva o a su dominio de saber y poder para resolver un asunto determinado -decisionismo-.

Es en ese estadio donde el garantismo de Zaffaroni aparece con una limitación al poder punitivo, profundizando al máximo el derecho con sustento en las normas fundamentales -un derecho penal humano-, que activa al poder punitivo en relación inversa al poder de las personas (Benente, 2019).

En todo caso, invocando a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la función de esos ingredientes subjetivos, distintos al dolo, es la de definir el riesgo jurídicamente

relevante. Dicho de otra forma, sirven para confirmar o rechazar la tipicidad de la conducta en el plano material dentro del proceso de imputación objetiva (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP732, Radicado 46848, 2018). A continuación, un ejemplo problemático real y actual que explica esta línea de argumentación:

-Caso paradigmático

Como la heurística no se agota en el adoctrinamiento jurídico, es menester ejemplificar para una mayor ilustración. De modo que, se escoge el tipo penal de prevaricato por acción para diseccionarlo armónicamente con el problema de investigación trazado. Desde el punto de vista objetivo, la tipicidad de la conducta punible de prevaricato por acción está compuesta por tres elementos: i) un sujeto activo calificado, el servidor público, ii) que profiera resolución, dictamen o concepto -entendido como cualquier acto administrativo o providencia judicial-, (iii) cuyo contenido sea manifiestamente -clara, notoria y ostensible- contrario al ordenamiento jurídico, producto del arbitrio o capricho del funcionario.

El bien jurídico protegido por este tipo penal lo constituye la administración pública, cuyo titular es el Estado y su finalidad es salvaguardar su buen nombre, en atención a que las atribuciones desarrolladas por los servidores públicos deben cumplirse de acuerdo con los principios de transparencia, moralidad y probidad contenidos en el canon 209 superior. La lesión se produce al momento en que el acto contrario a la ley se produce y entra al mundo jurídico³.

³ La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Frente a su estructura, es claro que: i) el sujeto activo debe ser un servidor público; ii) es un delito de mera conducta, instantáneo o de simple actividad, susceptible de ejecutar mediante un verbo rector en él contenido: proferir; iv) es un tipo penal en blanco por cuanto resulta necesario integrarlo con la(s) norma(s) que en cada caso concreto se reputan palmariamente desconocidas o quebrantadas (Corte Suprema de Justicia, Auto AP276, Radicado 54938, 2020).

En relación con el ingrediente subjetivo, se le considera un tipo penal esencialmente doloso, puesto que la culpa y la preterintención, conforme con el artículo 21 de la Ley 599 de 2000, sólo son punibles en los casos señalados de manera expresa por la legislación. El componente cognitivo exige que quien realiza la conducta tenga consciencia de la manifiesta ilegalidad de la resolución, dictamen o concepto proferido; y el volitivo, consciencia de que con tal acto se vulnera el bien jurídico de la recta y equilibrada definición del asunto sometido a su juicio para que su producto esté ajustado al ordenamiento. Hasta este punto, surge diáfana la tipicidad en sus dos facetas o momentos, vale decir, el cognitivo y el voluntario o intencional.

Tratándose de funcionarios judiciales o autoridades administrativas, el delito en cuestión no exige de un ánimo específico o “*corrupto*” en la actuación del agente, ni reclama de otra conducta ilícita adjunta, según ha venido defendiendo un sector de la Sala de Casación, pues de lo contrario resultaría ser un elemento extrapenal no señalado en la fórmula contenida en el canon respectivo. Debe entenderse que la norma protege la indemnidad del texto legal, con independencia de la finalidad que se tenga para desconocerla. De tal modo, la decisión es

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

manifiestamente contraria a la ley, porque con ella se defrauda el contenido objetivo de la disposición jurídica no porque esa rebeldía ante esta se exprese con miras a *favorecer a terceros* (Corte Suprema de Justicia, Sentencias SP905, Radicado 58148 y SP1282, Radicado 57321).

Ahora, La doctrina más autorizada define al dolo, como “*la decisión a favor del injusto*” (Hassemer, 1999). En su aspecto intelectual (i) comprende el conocimiento de las circunstancias del hecho, también la previsión del desarrollo del suceso mismo incluidas la imputación objetiva y el resultado -hechos constitutivos de la infracción penal-; (ii) sobre el componente volitivo no basta con la cognición de lo anterior, sino que el agente se decida a realizar la conducta tipificada.

Para contestar a la incógnita relativa al tópico que antecede, es indispensable constatar la tipicidad subjetiva, luego desde la óptica de esta investigación, si no fue posible probar el dolo en el delito estudiado, en las condiciones definidas por la ley, la doctrina y la jurisprudencia para este tipo penal, tampoco advertir una conducta decidida e intencionada por parte de quien se acusó de proferir un acto con contenido manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico, la conducta de prevaricato por acción es atípica por ausencia del componente subjetivo.

La anterior ejemplificación es parcialmente congruente con los postulados de las Escuelas Finalista y Funcionalista del Derecho Penal. Pues, llama la atención que sólo en el caso de los estupefacientes, del juicio de tipicidad que se venía pregonando en Welzel y Jakobs se salte a un juicio de antijuridicidad para establecer si se creó un riesgo efectivo, verificable empíricamente. De acuerdo a esa connotación, la articulación de la motivación o animosidad no figuraría excluyente en ninguno de esos juicios, porque los elementos subjetivos distintos del

dolo involucran un componente intencional o anímico -tipicidad objetiva y subjetiva- para definir el riesgo jurídicamente relevante -antijuridicidad-.

Así pues, bajo los postulados aquí desarrollados, puede afirmarse sin desacierto que, desde una concepción finalista, las conductas punibles no descriptivas de forma expresa por el legislador, poseen elementos subjetivos distintos del dolo. Luego la actuación de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia frente al límite del razonamiento judicial y al proceso de inferencia de los elementos descriptivos distintos de la intencionalidad, goza de libertad racional en su función de unificar la jurisprudencia y respetar el derecho material, puesto que los límites están trazados en la teoría de las condiciones objetivas para el conocimiento, a saber: (i) en el espacio social y personal de acción, el sujeto tiene un deber restringido de conocer un riesgo específico; (ii) la posibilidad efectiva de conocimiento de dicho riesgo; (iii) la imposibilidad de confiar *ex ante* en la no realización de ese riesgo.

El planteamiento de dicho método se sustenta en los niveles conceptuales y aplicativos del dolo desde la óptica de una teoría procesal –funcionalismo moderado- de determinación que no transgreda los preceptos del Estado Social -prevención- y Democrático –servicio al ciudadano- de Derecho, con una cualidad material del juicio que relleva el comportamiento humano como cualidad que le da sentido al estado mental y emocional -ciencia probatoria-. Lo anterior cobra significado, cuando las condiciones para ese tipo de cognición al que se hace mención, parte de la axiología conjunta de indicadores de peligro, evitabilidad, entorno determinado, experiencia del sujeto, rol asumido, motivación del autor que el juzgador debe evaluar, interpretar, ponderar y valorar para llegar al estándar probatorio exigido en la especialidad.

Si bien, la jurisprudencia acude a elementos especiales de ánimo cuando no se han prescrito en el tipo penal, surgen imprescindibles para identificar la carga de intención y, en consecuencia, la significación de la conducta (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP9916, Radicado 44997, 2017).

Conclusiones

Con el anterior desarrollo investigativo, analítico, crítico y argumentativo logra corroborarse la hipótesis concerniente a que la actuación de la Sala de Casación Penal del tribunal de cierre frente al proceso de inferencia de los elementos subjetivos distintos del dolo, al caracterizarse por la indeterminación de este elemento estructural del tipo puede transgredir el principio de legalidad y los preceptos del Estado Social y Democrático de Derecho. Y no es del todo justificable escudarse en la dimensión garantista con la que reviste su proceder, cuando redundante y/o excede al incorporar otros conceptos que responden a estados psíquicos de intencionalidad, finalidad o animosidad para definir el riesgo del bien jurídico tutelado, cuando la teoría general del delito y la descripción típica, desde una óptica dogmática deberían concretar esos contenidos de índole subjetiva.

No obstante, obsérvese que, tan pronto se abordó la problemática que, en la comprensión del trabajo representa la inclusión de elementos subjetivos distintos del dolo, como suerte de funcionalidad legislativa y la incidencia de las Escuelas dogmáticas -finalista y funcionalista-en el Derecho Penal colombiano, logran revelarse dos límites para el tribunal de cierre en ese cometido: uno positivo, en tratándose de una función de descriminalización de conductas, parafraseando a Duvi Teixidor; y una negativa, que sugiere límites al razonamiento judicial,

según Armando Sánchez Málaga Carrillo. Y, aunque las sentencias analizadas no advierten un desatino jurídico, tampoco un desborde de potestades jurisdiccionales, no sobra advertir que eventualmente con la evolución de esta práctica, otros tipos penales ameriten un escarceo en tal sentido.

Esta advertencia, pone una vez más de presente, que la función judicial creadora no puede desbordar los límites que impone el principio de legalidad, el garantismo racional y la dogmática penal dentro de un Estado Social de Derecho. Además, la metodología en cita permite responder que, efectivamente, todas las conductas punibles poseen elementos subjetivos distintos del dolo. Lo que también suscita colegir que la actuación de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia frente al límite del razonamiento judicial y al proceso de inferencia de los elementos descriptivos distintos de la intencionalidad, no puede desencadenar en creación arbitraria, puesto que los límites están trazados en la teoría de las condiciones para el conocimiento.

El Derecho Procesal Penal en su estructura recuerda la progresividad de cada etapa y así está demarcada también la esencia del Derecho Sustancial contemplativo de todos los ilícitos que, al margen de su comisión y responsabilidad, dentro de un Estado Social de Derecho responden a la dignidad humana, más no a la regresión de teorías cuya incidencia negativa no es válido repetir. A la par, esta última aseveración invita a un llamado a la reflexión desde la simple percepción de que los dominios de saber y poder, derivados de las prácticas judiciales originan formas de subjetividad por parte de quien tiene atribuida la competencia para, en principio, proyectar «una verdad jurídica» (Foucault, 2003), cuestión que no escapa al fenómeno hasta aquí desarrollado.

Referencias

- ✓ Sánchez-Málaga Carrillo, Armando (2017). Concepto y delimitación del dolo. Teoría de las condiciones para el conocimiento. España. <http://hdl.handle.net/10803/457620>
- ✓ Teixidor, Duvi (2011). “*En torno a la imputación subjetiva de comportamiento*”. Uruguay. <https://www.redalyc.org/pdf/5681/568160366022.pdf>
- ✓ Gómez Hernández, Bersarión (2006). Desarrollo del pensamiento jurídico colombiano. Perspectiva histórica del Derecho Penal en Colombia. Revista Diálogos de Saberes ISSN 0124-0021. Universidad Libre de Colombia. Bogotá D.C. <file:///C:/Users/PC/Downloads/Dialnet-DesarrolloDelPensamientoJuridicoColombianoPerspect-2740971.pdf>
- ✓ Jakobs, Günter (1987). Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho Penal. Berlín-Alemania. <file:///C:/Users/PC/Downloads/Dialnet-SobreLaFuncionDeLaParteSubjetivaDelDelitoEnDerecho-46351.pdf>
- ✓ Valarezo Trejo, Ermer Efrén y Ricardo Lenin; Durán Ocampo, Armando Rogelio (2019). Algunas consideraciones sobre la tipicidad en la teoría del delito. Ecuador. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202019000100331
- ✓ Benente, Mauro (2019). Derecho penal humano de Eugenio Raúl Zaffaroni. Los límites del poder y los límites del humanismo. Argentina. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-

[00122019000200549#:~:text=Entonces%2C%20bajo%20esta%20conceptualizaci%C3%B3n%20de,base%20a%20las%20normas%20fundamentales%E2%80%9D.](#)

- ✓ Hergott, Óscar (2021). Los elementos subjetivos distintos del dolo. Argentina. <https://hergott.com.ar/los-elementos-subjetivos-distintos-del-dolo/>

- ✓ Salazar Marín, Mario (2014). Escuela Dialéctica del Derecho Penal. Blog de Germán Pabón Gómez. Colombia. <https://kaminoashambhala.blogspot.com/2014/09/escuela-dialectica-del-derecho-penal.html#:~:text=La%20escuela%20dial%C3%A9ctica%20del%20derecho,sobre%20el%20da%C3%B1o%20del%20bien>

- ✓ Palacios Valencia, Yennesit (2010). Existencia del Derecho Penal del Enemigo en el Derecho Penal Internacional. Revista Latinoamericana de Derechos Humanos. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27290.pdf>

- ✓ Yarza, Ignacio (1996). Ética y dialéctica. Sócrates, Platón y Aristóteles. http://www.cetis7.edu.mx/ACADEMIAS/ETICA/Documentos%20de%20Apoyo/Materiales_Etica_Curso_Cetis%2011/POLITICA%20Y%20DIALECTICA,%20SOCRATE S,%20PLATON%20ARISTOTELES..pdf

- ✓ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP2411 (15 de julio de 2020) Rad. 5437. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

- ✓ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP684 (6 de marzo de 2019) Rad. 53157. M.P. Eyder Patiño Cabrera.

- ✓ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. SP024 (7 de marzo de 2018) Rad. 50914. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

- ✓ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP497 (28 de febrero de 2018) Rad. 50512. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

- ✓ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP106, 29 de enero de 2020, Rad. 56574. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

- ✓ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP7761, 18 de junio de 2014, Rad. 43856. M.P. José Luis Barceló Camacho.

- ✓ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP660, 9 de marzo de 2022. Rad. 58850. M.P. Gerson Chaverra Castro.

- ✓ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. AP2761, 14 de octubre de 2020. Rad. 54938. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

- ✓ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP905, 17 de marzo de 2021. Rad. 58148. M.P. Diego Eugenio Corredor.

- ✓ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP1282, 14 de abril de 2021. Rad. 57321. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

- ✓ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP732, 14 de marzo de 2018. Rad. 46848. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

- ✓ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP, 27 de junio de 2012. Rad. 34852. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

- ✓ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP9916, 11 de julio de 2017. Rad. 44997. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

- ✓ Código Penal [CP] Ley 599 de 2000.

- ✓ Código de Procedimiento Penal [CPP] Ley 600 de 2000. 24 de julio de 2000. Colombia.
- ✓ Código de Procedimiento Penal [CPP] Ley 906 de 2004. 31 de agosto de 2004. Colombia.

- ✓ Constitución Política de Colombia [Const.]. 7 de julio de 1991. Colombia.

- ✓ Velásquez Velásquez, Fernando (2020). Fundamentos de Derecho Penal. Parte General. Bogotá D.C. Tirant Lo Blanch, p. 388.

- ✓ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2000). Derecho Penal-Parte General. Buenos Aires, Ediar, p. 517.
- ✓ Wessels, Johannes; Beulke, Werner; Satzger, Helmut (2018). Derecho Penal. Parte General. El delito y su estructura. Lima-Perú. Pacífico Editores S.A.C., p. 134.
- ✓ Hassemer, Winfried (1999). Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en el derecho penal. Capítulo V. Los elementos característicos del dolo. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, pág. 82.
- ✓ Poveda Perdomo, Alberto y Abelardo; Poveda Rodríguez, Alberto (2021). Lecciones de Derecho Penal colombiano. Parte General. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez, páginas 221 a 231.
- ✓ Salazar Marín, Mario (2017). Volumen Primero. Panorama de Derecho Penal. Concepción dialéctica del Derecho Penal. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez, páginas 145 a 149.
- ✓ Ezquiaga Ganuzas, F. J. (2019) “Iura Novit Curia” y aplicación judicial del Derecho. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.
- ✓ Foucault, M. (2003). La verdad y las formas jurídicas. 2ª ed. Barcelona: Editorial Gedisa S.A.