

# Hacia una fundamentación epistemológica de la autoría en los delitos de infracción de deber \*

*Towards an epistemological foundation of authorship in the offenses of duty infringement*

*Autoria em crimes de infração do dever*

Diego Fernando Victoria-Ochoa

Candidato a Doctor en Derecho en la Universidad Externado de Colombia. Profesor de la Universidad Libre, Cali, Colombia  
diego.victoria@unilibrecali.edu.co

Fecha de recepción: Octubre 25 de 2015

Fecha de aceptación: diciembre 5 de 2015

## Resumen

Este artículo, que se presenta como un avance dentro del marco de investigación de una tesis doctoral, pretende establecer cuáles son los fundamentos epistemológicos de la segunda categoría roxiniana que delimita la autoría y la participación delictiva dentro de un contexto social y democrático de derecho, los delitos en donde el autor no es quien domina el suceso causal, sino el que es garante de un deber (una institución en la aportación jakobsiana) así naturalísticamente no realice la conducta descrita en el tipo. Con este estudio se intentará fijar, para la teoría del delito en general y para la dogmática de la autoría en particular, los fundamentos propedéuticos y metodológicos que relacionan tres sistemas de conocimiento epistemológico.

## Palabras clave:

Delitos de Infracción de Deber, dominio del hecho, ámbitos competenciales, responsabilidad en virtud de las consecuencias, libertad de organización, dogmática jurídica.

## Abstract

This article, presented as an advance within the research framework of a doctoral thesis, aims to establish what are the epistemological foundations of the second Roxin category that delimits authorship and criminal participation within a social and democratic context of law, the Crimes in which the author is not the one who dominates the causal event, but the one who is guarantor of a duty (an institution in the jakobsian contribution) so naturalistically does not perform the behavior described in the type. This study will try to establish, for the theory of crime in general and for the dogmatics of authorship in particular, the propaedeutic and methodological foundations that relate three (3) systems of epistemological knowledge.

## Keywords:

Breach of Duty Crimes, domain of fact, areas of authority, responsibility under the consequences, freedom of organization, dogmatic legal.

## Resumo

Este artigo, apresentado como um avanço no âmbito da pesquisa de uma tese doutoral, visa estabelecer que os fundamentos epistemológicos da segunda categoria roxiniana que delimita autoria e participação criminosa em um contexto social e democrático de direito, os crimes em que o autor não é quem domina o evento causal, mas que é o garante de um imposto (uma instituição na contribuição jakobsiana) assim naturalmente, não executem o comportamento descrito no tipo. Este estudo tentará estabelecer para a teoria do crime em geral e para dogmática da autoría em particular, os fundamentos propedéuticos e metodológicos que relacionam três sistemas de conhecimento epistemológico.

## Palavras-chave:

crimes de infração do dever, domínio de fato, áreas de competência, responsabilidade sob as consequências, liberdade de organização, dogmáticas jurídicas.

\* **Cómo citar:** Victoria-Ochoa, D. F. (2017). Hacia una fundamentación epistemológica de la autoría en los delitos de infracción de deber. Revista Criterio Libre Jurídico, 13(1), 2-8. <http://dx.doi.org/10.18041/crilibjur.2016.v13n1.25101>.

## Introducción

Los fundamentos propedéuticos y metodológicos que relacionan tres (3) sistemas de conocimiento epistemológico de indudable recepción en el derecho penal, con el esquema conceptual de los denominados “*delitos de infracción de deber*”<sup>1</sup>, consistentes en la necesidad de determinar teóricamente cuáles son los criterios de delimitación de los siguientes horizontes: *i) el arquetipo filosófico, ii) las dimensiones sociológicas y iii) los precedentes dogmáticos*; horizontes que subyacen en la categoría de comportamientos delictivos enunciados *ut supra* y que son entendidos - de *forma a priori* - como una categoría de la “acción racional comunicativa”, consistente en la asunción defectuosa de un plexo de “deberes jurídico-públicos” de carácter “extrapenal” o anteriores al tipo, propios del ejercicio de la competencia que se deriva del ámbito de injerencia normativa de una institución a la que el obligado especial se encuentra vinculado por la existencia de una concreta relación jurídica, que interrumpe el *mantenimiento cultural de expectativas de interlocución* originando con ello nuevas realidades, nuevos horizontes, que afectan “la mediación social” existente entre la “*validez*” del mandato y la “*facticidad*” del sistema normativo que necesita ser restablecido.

De la identificación de la naturaleza del “deber”, reconocido por la doctrina dominante como “concepto abierto” que proyecta - *in situ* - la calidad jurídica de la relación que une al sujeto con los límites de su incumbencia, se establecerá qué específicas consecuencias jurídico penales se erigen para el que no siendo agente cualificado *intraneus* - ejecuta la conducta prescrita en el tipo con *animus auctoris*, en cualquiera de las etapas del iter criminoso. La anterior premisa generará entonces la enunciación de los siguientes problemas interpretativos: i) ¿Siempre se considerará, en todas las hipótesis, autor al “agente central del suceso”?; ii) ¿Para todos los comportamientos delictivos, la diferenciación entre autores y partícipes se regirá por la necesidad de determinación de los contornos de actuación de quienes son “figuras centrales” y quienes son “figuras marginales” del curso causal?; y iii) ¿Debemos aceptar que la formulación de la teoría de los delitos de “infracción de deber” como correlato contrafáctico de los comportamientos que se rigen por la contextualización del “dominio del hecho”, fue, en el profesor CLAUS ROXIN, más intuitiva que lógica?.

### 1. El punto de contacto: problema jurídico propuesto (¿eventuales subproblemas?)

El presente discurso parte de una premisa ya planteada hace varias décadas: el “perfil” del autor creado por quien formulara inicialmente la teoría del “dominio del hecho funcional”<sup>2</sup>, a partir de criterios como la “figura central del evento” o “el señor del curso causal” es insostenible actualmente en la interpretación de cierta clase de enunciados típicos, donde es necesario acudir a un criterio descriptor de las diferentes formas de intervención en el delito, retornando al paradigma cartesiano de la “*entronización del sujeto frente al objeto*”<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Al respecto, una recensión en: Busconi, Maximiliano / López, Hernán M. / Kierszenbaum, Mariano. *Autoría, Delitos de Infracción de Deber y Delitos de Lesa Humanidad*. 1ª edición. Buenos Aires. Ad Hoc. 2011, Bacigalupo Sagguese, Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber: una investigación aplicable al derecho penal de los negocios*. Madrid. Pons. 2.007, González Guerra, Carlos M. *Delitos de infracción de un Deber: Su capacidad de rendimiento a luz del Derecho penal económico*. Buenos Aires. Ad Hoc. 2006, Sánchez - Vera Gómez - Trelles, Javier, *Delito de Infracción de Deber y Participación Delictiva*. Marcial Pons. Madrid. 2.002, Guzmán, Nicolás. *Delitos en el mercado financiero: Ley 26.733*. Buenos Aires. Hammurabi. 2014. Abanto Vásquez, Manuel A. *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*. Lima. Grijey. 2014, Balacedo Quiros, Justo Fernando. *Delitos conexos y subsiguientes: un estudio de la subsecuencia delictiva*. Barcelona. Atelier [u.a.] 2014, Polaíno Navarrete, Miguel. *Naturaleza del deber jurídico y función ético - social del derecho penal*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Bogotá. 2.004, Alcácer Guirao, Rafael. *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? : Apuntes sobre el concepto material del delito*. Barcelona, Atelier. 2.003, Alcacer Guirao, Rafael. *Sobre el concepto de delito: ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* Buenos Aires. Ad Hoc. 2.003, Guibourg, Ricardo. *Deber y Saber: apuntes epistemológicos para el análisis del derecho y la moral*. 1ª reimpresión. México. Distribuciones Fontamara. 2.002, Silva - Sánchez, Jesús María. *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*. Madrid [u.a.]. E. Sofer [u.a.]. 2.013, de Oliveira Monteiro, Luciana. *La autoría mediata en los delitos imprudentes*. Valencia. Tirant to Blanch. 2.013, Gómez, Martín Víctor. *Los delitos especiales*. Madrid. [u.a.], Edisofer [u.a.]. 2.006, Bacigalupo, Enrique. *Delitos Improprios de Omisión*. Madrid. Dykinson. 2.005, de Vicente Martínez, Rosario. *El principio de legalidad penal*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2.004, Poggetto, Pablo M. *La autoría penal en los delitos cometidos a través de organizaciones jerarquizadas*. 1ª edición. Buenos Aires. Ad Hoc. 2.004, Díaz y García Conlledo Miguel. *La autoría mediata: con una especial referencia a los delitos socioeconómicos y del medio ambiente*. Documentos penales y criminológicos. 2.001 (S-29-60), Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 9ª edición. Barcelona. Reppertor. {u.a.} 2.011, Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal. Parte General*. 8ª edición. Valencia. Tirant lo Blanch. 2.010, Tiedemann, Klaus. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2.010, Donna, Edgardo Alberto *Teoría General del Delito*. 1ª edición. 2.009, Mayer, Max Ernst. *Derecho Penal. Parte General*. Montevideo. 2.007. Montealegre Lynett, Eduardo. *Derecho Penal y Sociedad*. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. 1ª edición. Bogotá. 2.007, del mismo autor: T. II *Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin sobre las estructuras modernas de la imputación, Funcionalismo y Normativismo Penal: Una introducción a la obra de Günther Jakobs*. Montealegre Lynett, Eduardo. Universidad Externado de Colombia. 1ª edición. 2.006. Schünemann, Bernd / Kern, Eduard, *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch von Claus Roxin Fortgef 28., neu bearb. Aufl. / des von Eduard Kern begr. Werkes München*. Beck: 2.014, Gimbenat Ordeig, Enrique. *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft: Handlung, Kausalität, Unterlassung mit einem Vorwurf von Claus Roxin*. Berlin [u.a.]: 2013. *Über Tatbestands und Verbotssirrtums / Claus Roxin \*1931\** In *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht: Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen: Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag - Köln [u.a.] Heymanns*. 2.008, Claus Roxin, A *Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal*, 2ª ed. (2009), Tierschaft und Tatherrschaft. Claus Roxin, 8. Aufl.-Berlin: de Gruyter Recht, 2006, *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal: tradução dos [seção]: 7 e 11, nm. 1/119, de Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. edição, München, Beck, 1997, *Um Novo sistema de direito penal: considerações sobre a teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs*. Enrique Peñaranda Ramos- 2. ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, *System der strafrechtlichen Zurechnung*. Günther Jakobs. - 1. Aufl. - Frankfurt, M Klostermann, 2012, *Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*. / Günther Jakobs. - 3. erheblich veränd. Aufl. - Berlin: Duncker & Humblot, 2008, *Festschrift für Günther Jakobs; zum 70 Geburtstag am 26 Juli 2007*. / Michael Pawlik. - Köln [u.a.]: Heymanns, 2007, *Enth, außerdem: Theorie und Praxis de la Ingerencia / Günther Jakobs. - 2000, Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre; Lehrbuch/Günther Jakobs.-neubearb. und erw. Aufl. - Berlin [u.a.]: de Gruyter, 1991, *Studien zum Unterlassungsdelikt. / Wilhelm Gallas. - Heidelberg: v. Decker & Müller, 1989, Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70 Geburtstag am 22. Juli 1.973, / Karl Lackner. - Berlin [u.a.]: de Gruyter, 1973, P. J. A. Feuerbach “Kritik der Natürlichen rechts”. / Wilhelm Gallas. - Heidelberg: Winter, 1964, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen, /Johannes Nagler. - Leipzig: Engelmann, 1903, Strafrecht: ein Lehrbuch. / Edmund Mezger. - 3. unveränd. Aufl. Mit einer Ein. Nach dem neuesten Stand. 5. - 7. Tad. - Berlin [u.a.]: Duncker & Humblot, 1949, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie: Normlogik und modernen Strafrechtsdogmatik. / Armin Kaufmann. - Erweiterter Nachdr. Der 1. Aufl.- Göttingen: Schwartz, 1954, *Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßigem handeln des Werkzeugs. /Hartmut Johannes.-Frankfurt A...M.: Klostermann, 1963, Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen. /Friedrich Nowakowski.-Graz [u.a.]: Verl. Styria, 1955, *Das Strafgesetzbuch fur das deutsch e Reich. Ernst Schäfer. - 18. Neubearbeitete Auflage, 43. - 46. Tausend. - 1936. Einführung in die Rechtswissenschaft. Aufl. Neu bearb. Und erg. Von Werner Schrade. Karlsruhe: Müller, 1955, Strafrecht allgemeiner Teil. Neubearb. Aufl. München: Beck, 1987, *Aktuelle Probleme im Rahmen der finalen Handlungslehre, Hans Welzel, Aktuelle Probleme im Rahmen der finalen Handlungslehre, Täterschaft und Teilnahme Das Gesetz, Rechtsvergleichende Untersuchungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft; N.F. H. 27, Das Rechtstheoretische Problem Der ‘Natur Der Sache’, Günter Stratenwerth. - Berlin [u.a.]: de Gruyter, 1995, BGB, allgemeiner/Teil./Helmut Köhler-38., neu bearb. Aufl.-München: Beck, 2014, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart / hrsg. von Arthur Kaufmann, 8., überarb. Aufl. Heidelberg [u.a.]: Müller, c 2011, Heidelberg [u.a.]: Müller, c 2011, Arthur Kaufmann.3.ed.Bogotá:Editorial Temis,2007, *Recht :die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns; Tagung 10. Bis 11. Mai 2003 in München /Ulfrid Neumann. - Stuttgart: Steiner, 2005, Gesamtausgabe / Gustav Radbruch. Hrsg. von Arthur Kaufmann, Radbruch, Gustav \*1878-1949\*, Heidelberg: Müller, 2003, Gesamtausgabe / Gustav Radbruch. Hrsg. von Arthur Kaufmann, Heidelberg: Müller, 2003, Einführung in das juristische Denken / Karl Engisch, 11. Aufl. / Hrsg. und bearb. Von Thomas Würtenberger und Dirk Otto.*********

<sup>2</sup> Claus Roxin la desarrolla con fundamento en una formulación del kantismo puro, consistente en asentar la inferencia de actuación no en el sujeto sino en la cosa en si -el suceso delictivo-, entendiendo el fenómeno a partir de la intensidad del aporte y creando las “*figuras de intervención*” de conformidad a s grado de contribución.

<sup>3</sup> En este sentido Kant es heredero de la formulación cartesiana que pregona la autonomía de la voluntad como principio fundamental de la libertad. La existencia de juicios sintéticos a priori de carácter necesario y universal permiten adquirir el conocimiento dei objetos en un momento anterior a cualquier experiencia gracias

(Zaczyk, 2010), abandonando la “cosa en sí”<sup>4</sup> (Zaczyk, 2010) y advirtiendo que autor no es aquel que domina el hecho, sino el que tiene el ineludible mandato de salvaguardar la intangibilidad de un deber jurídico de carácter positivo que le es referible y, en tal condición, no lo hace.

El problema jurídico anterior enfrenta la conformación de varios subproblemas jurídicos de investigación, a saber: i) ¿Cuál es el fundamento ontológico del título de imputación en los delitos de Infracción de deber?, ii) ¿Se presenta una ruptura en la unidad de atribución de la autoría, en este tipo de comportamientos, admitiéndose la presencia de partícipes que no son “señores del deber”?, iii) ¿Cuáles son los criterios que determinan la calidad del partícipe dentro de un tipo estandarizado como “especial”?, y iv) ¿Puede, conforme a la regla establecida en el art. 29.3º de la ley 599 de 2.000 - Código Penal Colombiano -, que consagra la figura del “actuar en lugar de otro”<sup>5</sup> (Escobar, 2006), extenderse la autoría a todo aquel que, representando a una persona natural o jurídica, “realiza” el hecho así no lo domine naturalísticamente?.

## 2. Aproximación a la cuestión

Una de las misiones del Derecho Penal conforme con una comprensión funcionalista del delito es la de propender por una “renormativización” del contenido y alcance de los elementos objetivos y subjetivos que integran la conducta, así como de las palabras entendidas como condición lingüística con significado que necesariamente tienen representación en la persona, tales como su número, tiempo, modo y aspecto, despojándolas de su condición prejurídica (anteriores al tipo) para connotarlas dentro de específicos ámbitos (con sus límites) de comprensión dogmática. Conceptos como el de *responsabilidad* deja el oscuro y peligroso círculo de comprensión social subjetiva para ser ubicado en el garantista espectro de la juridicidad; no todo acto debe de ser reprochado penalmente, solo el que afecta funcionalmente la existencia del sistema jurídico. Tal “cierre” a la frontera por donde se da cabida a la indebida e indiscriminada aceptación de conceptos para el derecho, implica una restricción del título de imputación y una ampliación de los ámbitos de libertad. En tal sentido, el gran problema jurídico que se plantea esta fase de la investigación académica estriba en *establecer cuáles son los criterios, formales y materiales, si los hubiere, que integran la teoría deontológica en general y el espectro, en lo particular, de los mandatos jurídicamente exigibles* (prestaciones positivas especiales). Para garantizar el cumplimiento del cometido anterior, se originan en el de curso de nuestra búsqueda varios subproblemas jurídicos, que podemos configurar de la siguiente manera: i) ¿constituye la relación de causalidad jurídica, inferible de la facticidad reconocida de una “institución” y la capacidad de realización de una prestación positiva, un criterio fundante para demostrar la imputación objetiva de un resultado a un exclusivo sujeto?, ii) ¿configuran las denominadas “estructuras lógico - objetivas” criterios predecesores fundantes del “deber de gestión” por parte del obligado especial?. iii) si el derecho penal contiene y exterioriza los criterios de identificación del Estado en el cual pervive, así como de sus fines y la comprensión, amplia o restringida del plexo de derechos y deberes que constituyen la bitácora de actuación o carta de navegación de cada uno de los integrantes de esa sociedad: a) ¿cuál es la percepción del “sentido social” que pune?, y b) ¿cuál es la connotación política del “orden” que pune?, en este sentido adelantamos la conclusión percibida, siendo necesario construir una tipología de Estado de cara a pretender dar una respuesta a ambos cuestionamientos.

La comprensión de la organización y funcionamiento del Estado, en relación con el *ius puniendi*, debe obedecer a una sola variable: *el reconocimiento de la existencia o no de circunstancias sociopolíticas, dentro o fuera del mismo, que impliquen una probabilidad de vulneración permanente u ocasional al sistema de advertencias normativo vigente, que conlleven una continua probabilidad de desestabilización de los estándares mínimos que garantizan la percepción de la continuidad de la existencia de expectativas de la sociedad en su sistema de reivindicación de la norma*, conforme con lo anterior: i) ¿es la institución una particular estructura de imputación jurídico penal?, ii) ¿cómo puede imputarse una lesión a una institución sin que, aparentemente, exista una relación de imputación objetiva?, iii) ¿son otras las reglas de la imputación objetiva tratándose de lesiones o daños a “instituciones” conformadas por el legislador pero connotadas como “bienes” por el intérprete?.

Los anteriores cuestionamientos van dirigidos, indirectamente, a estructurar la figura del autor en todo aquel “escogido” que obrando dentro del ámbito que una institución le confiere la defrauda, bien sea positiva o negativamente, no cumpliendo el cometido establecida en ella por la ley o por la carta política, no pudiendo tal defraudación ser llevada a cabo por un anónimo contacto social.

La condición de incumbencia especial es presentada como una categoría a priori de la razón, referible a la institución y no al sujeto (obligado), como categoría de actuación que fija la punibilidad de quien actúa conforme a ella. La inferencia se realiza sobre la conducta de una persona (intraeus) que obra dentro del estricto marco de una relación legal y que la desatiende generando un riesgo no permitido. La delimitación de los contornos entre autoría y participación no se da por la condición especial (estatus) del agente, la cual tiene todo vinculado, sino solo aquel, y por ello se fija la autoría, que desatiende el cometido estatal, estando compelido especialmente a ello.

al empleo de la razón, con ello se da un giro epistemológico -copernicano- al afirmar que es el sujeto que piensa el determinante para acceder al conocimiento. Se accede al conocimiento de los objetos por medio de los “fenómenos” (phaenomenon) pero no a la “cosas en sí” (noumenon). En Rainer Zaczyk. Libertad, derecho y fundamentación de la pena. Eduardo Montealegre Lynnet, Nathalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John y Miguel Polaino - Orts. Universidad externado de Colombia. Bogotá. 2.010.

<sup>4</sup> Rainer Zaczyk. Libertad, derecho y fundamentación de la pena. Op. Cit. Los fenómenos pueden llegar a ser percibidos por medio de las formas a priori de la sensibilidad, el tiempo y el espacio y de las categorías del entendimiento, lo cual corresponde al estudio de lo que puedo conocer.

<sup>5</sup> Ver, Escobar Vélez, Susana y Grupo de Estudios Penales. Medellín. 2.006. EAFIT. El Actuar en Lugar de Otro. Aproximación a sus fundamentos, ámbito de aplicación y problemas más relevantes. Proyecto de investigación en “Corrupción y Delincuencia Económica”. Problemas Comunes de Autoría y Participación. Dr. Juan Oberto Sotomayor Acosta, donde se cita a Gracia Martín, Luis. El Actuar en Lugar de Otro en derecho Penal. Si se continua con el sostenimiento de las categorías dogmáticas tradicionales “el ámbito de protección de la norma pasa a ser controlado por varios sujetos y por lo tanto se dificulta la identificación del sujeto de la imputación jurídico penal”

### 3. El horizonte de los esquemas

Las posibles respuestas los problemas jurídicos de investigación - propuestos *ut supra* - gravitan sobre un eje central predeterminado por el autor, caracterizado por el “*entronque*” de los sistemas *sociológico - filosófico - dogmático* que constituyen la esencia de este ensayo y la fuente sobre la que se estructura el edificio conceptual que aquí presentamos a la comunidad académica y a los amables lectores de este ensayo. Las fuentes de conocimiento epistemológico en las que se estructura la conceptualización que garantizan la asunción del esquema de los delitos de infracción de deber son las siguientes:

a) En su *dimensión sociológica*, la fundamentación pretendida presentará la sistemática de los comportamientos cuya naturaleza ontológica de vulneración estriba en la “relación con un deber dentro de una sociedad del riesgo”<sup>6</sup> (Beck, 1998), entendida como la aceptación de la existencia de un entorno conformado por un conjunto de signos lingüísticos con fuerza comunicativa racional, derivados de una estructura de consenso social - *el estado ideal del habla* - que se encuentra legitimado por el *argumento de la mejor razón*, de donde deriva su “validez”. Ante una lógica negativa, mayoritariamente aceptada, consistente en el “no dañar” (*neminem laede*), surge una lógica positiva que se asienta en el “evitar”, en el “proteger”, en el “salvaguardar”<sup>7</sup> lo que le ha sido conferido en virtud de alguna relación estatal o contractual. En este específico contexto se postulan, como fundamento teórico, los planteamientos “*ilocucionarios*”<sup>8</sup> y/o “*perlocucionarios*”<sup>9</sup> desarrollados por el profesor Jürgen Habermas (1929) - uno de los más grandes científicos sociales contemporáneos - quien retomara las formulaciones planteadas por la filosofía analítica de John Langshaw Austin (1911 - 1960)<sup>10</sup>, y que partiera, metodológicamente, de aceptar la existencia de una “*realidad*” a la que denomina “*mundo de la vida*”, diferente en sus connotaciones de la que caracterizara la comunidad de naciones en el siglo XIX y que centrara sus raíces en la historicidad del sujeto, en su “*biografía*”, en su individualidad. El nuevo concepto entiende la existencia de una “*sociedad compleja*”, cada vez más interrelacionada con “*el otro*”, de donde parten los conceptos de democracia, institución y “*orden*” interno y supranacional. Esta “*moderna*” sociedad está sumergida en las consecuencias generadas por los riesgos jurídico-normativos que se asumen con los inesperados “*contactos*” de grupo, que crean un tejido social cada vez más necesitado de estabilización, generándose el surgimiento de directrices de comportamiento social cubiertas bajo el ropaje conceptual de “*expectativas normativas*” y políticas públicas,

b) El *precedente dogmático* parte precisamente de la contextualización misma del concepto de autoría que para la dogmática jurídico-penal traza un vector de evolución que parte desde la misma percepción “unitaria” como lo señala (Jescheck, 1981), del autor del reato llegando a la concepción “extensiva” del mismo pero fundamentado, casi siempre, en la aportación física realizada por la acción autoral en la consumación del delito. Así como “del roce de las espadas surge la chispa del cocimiento”, del fragor racional ocasionado por el enfrentamiento de las diferentes escuelas surgidas en torno al concepto de autor, se pudo evolucionar hacia la ya adulta teoría del “dominio del hecho” que sentaba sus presupuestos en la relación jurídica de quien realizaba la acción descrita en el tipo con “dominio ontológico” sobre su acontecer causal. El inicio de toda esta discusión parte de la conceptualización misma de la categoría de “autor”, la cual se contextualiza, dependiendo de los esquemas imperantes, de diversas maneras; en primer lugar, con el entronizamiento de las denominadas “teorías subjetivas” que hicieron su arribo en la segunda mitad del interesante siglo XIX, con las aportaciones realizadas por el *Reichsgerichtsrat* prusiano, MAXIMILIAN V. BURI (1825 - 1902), quien entendió que “objetivamente” no se podía diferenciar, por ausencia absoluta de una línea delimitadora, entre las figuras de “autor” y “partícipe”, puesto que todas éstas poseen “condiciones” “equivalentes” para la producción de un resultado, debiendo entonces acudir al ineludible aspecto “subjetivo”, que califica el ánimo del sujeto como un tipo “especial de dolo”. Se es autor cuando se actúa dentro del curso causal con la voluntad inequívoca de tal - *animus auctoris* - y, *a contrario sensu*, se es partícipe, cuando quien actúa, lo hace con voluntad inequívoca de “asociado” -*animus socii*-. Esta concepción es sostenida por todos aquellos que se inclinan por delimitar a los autores y partícipes a partir de la teoría del dolo; mediante la cual se es partícipe “si el sujeto subordina su voluntad a la voluntad de otro” (Plascencia, 2004), reconociendo implícita o explícitamente, la superposición de dos (2) voluntades en el

<sup>6</sup> Beck, Ulrich (1998). La Sociedad del Riesgo. Hacia una nueva modernidad. Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne Publicado en alemán por Suhrkamp, Fráncfort del Meno. Traducción: Jorge Navarro (caps. I, II [3, 4 y 5], III y IV) Daniel Jiménez (cap. II [1 y 2]). M<sup>o</sup> Rosa Borrás (caps. V-VIII). La sociedad camino de la modernidad en tanto que produce riqueza, también produce riesgos. Este concepto de riesgo se encuentra enmarcado por el paso, en algunos Estados de Bienestar occidentales, de una sociedad de la carencia a una sociedad de producción que genera “necesidades” de seguridad y control por parte del Derecho, en especial del Derecho Penal. La irrupción de la “era” de las libertades genera como contrapartida el surgimiento de las “políticas” de vigilancia teniendo como fundamento la siguiente hipótesis: “...al hilo del crecimiento exponencial de las fuerzas de producción en el proceso de modernización se liberan los riesgos y las potenciales autoamenazas en una medida desconocida hasta el momento” (p. 25). La modernización implica la transformación de la organización; el mundo ya no es el mismo, el individuo tiene que “adaptarse” y el Estado “coacciona” con un horizonte normativo cada vez más invasiva de órbitas de acción que antaño no osaría en injerir.

<sup>7</sup> Beck, Ulrich. Op. Cit. P. 26 y s.s.

<sup>8</sup> El efecto “ilocucionario” ya no se encuentra en el enunciado sino en la actitud o comportamiento que desarrolla el oyente o receptor; es su reacción, su comportamiento. Ver, Austin, J. L. (1962): *How to Do Things with Words*. Oxford: Oxford University Press, Bach, K. y R. M. Harnish (1979): *Linguistic Communication and Speech*, Acts. Cambridge, MA: MIT Press. Black, M. (1969): “Austin on performatives”. En K. T. Fann, ed., 1969: *Symposium on J. L. Austin*. Londres: Routledge, Campbell, P. N. (1973): “A rethorical view of locutionary, illocutionary and perlocutionary acts”. *Quarterly Journal of Speech* 59: 284-296. Cavell, S. (2005): “Performative and passionate utterance”. En S. Cavell: *Philosophy the Day after Tomorrow*. Cambridge/Londres: Harvard University Press, 155-191. Cohen, T. (1973): “Illocutions and perlocutions”. *Foundations of Language* 9: 492-503. Davis, S. (1979): “Perlocutions”. En J. R. Searle, F. Kiefer y M. Bierwisch (eds.): *Speech Act Theory and Pragmatics*. Amsterdam: Reidel, 37-55. Dijk, T. A. van (1977): *Text and context*. Londres: Longman. Gaines, R. N. (1979): “Doing by saying: Toward a theory of perlocution”. *Quarterly Journal of Speech* 65: 207-217. Gu, Y. (1993): “The impasse of perlocution”. *Journal of Pragmatics* 20: 405- 432. Kurzon, D. (1998): “The speech act status of incitement: perlocutionary acts revisited”. *Journal of Pragmatics* 29: 571-596. Sadock, J. M. (1974): *Toward a Linguistic Theory of Speech Acts*. Nueva York: Academic Press.

<sup>9</sup> Este concepto fue formulado por John Langshaw Austin (1.911-1.960) como integrante de la denominada “teoría de los actos de habla” (TAH) y se entiende como el que se realiza por medio de decir algo, que se realiza por medio de decir algo: hacer que alguien crea que algo es de determinada manera, persuadir a alguien a hacer algo, influir sobre sus sentimientos. El efecto perlocucionario de un enunciado es su acción sobre las creencias, actitudes o conductas del destinatario. Así, por ejemplo, mediante una argumentación se puede persuadir, al aconsejar se puede asustar, al hacer una petición se puede lograr que alguien haga algo, inspirar, convencer, etc. La ilocución es la “intención contenida en el enunciado”, se trata de una “fuerza” que actúa sobre el receptor y que puede moverlo a actuar.

<sup>10</sup> Otras fuentes. En Austin, *Ensayos filosóficos*. Madrid: Revista de Occidente, 1975. 87-117. ISBN 978-84-292-8705-9. Un alegato en pro de las excusas. En Austin, *Ensayos filosóficos*. Madrid: Revista de Occidente, 1975. 169-92. ISBN 978-84-292-8705-9. Cómo hacer cosas con palabras: Palabras y acciones (Howto Do ThingswithWords). Barcelona: Paidós, 1982. ISBN 978-84-7509-141-9 (ed. original inglesa de 1962), *Ensayos filosóficos*. Madrid: Revista de Occidente, 1975. ISBN 978-84-292-8705-9, Sentido y percepción (Sense and sensibilia), Tecnos, Madrid, 1981. ISBN 978-84-309-0881-3 (ed. original inglesa de 1959)

plano síquico- *objetivo*, o por el criterio subjetivo del “interés”, que responde a la pregunta: ¿qué interés tiene el autor?, unido a los cuestionamientos en torno a cuál es el ánimo del sujeto en la ejecución del curso causal - ¿*animus auctoris*?, o, ¿*animus socii*?, pero que, en últimas circunscribe la delimitación a la primacía del papel que juega la voluntad en los criterios de intervención del agente. Todo lo anterior unido a los conceptos de “dependencia”, “autonomía” y “sujeción”, no importando el grado de aportación al curso causal.

Sucesos paradigmáticos para esta concepción “objetivista” de la autoría lo constituyeron los muy sonados eventos del denominado “*caso de la bañera*”, fallado por el Tribunal Imperial y el “*caso Staschynskij*”, decidido por el Tribunal Supremo Federal<sup>11</sup>. En el primero de ellos, la hermana de una mujer que acaba de dar a luz a un hijo ilegítimo ahoga a la criatura en una bañera, previa petición de la madre y de acuerdo con los intereses que aquella, para el momento, tenía con respecto a su hijo. El Tribunal del Imperio, según Maurach (sf), en segunda instancia, aplicó la denominada “teoría del interés” y condenó a la madre como autora (mediata), quien era la que tenía el interés real y material directo en el resultado y a la hermana como cómplice. En el segundo, el acusado era un espía ruso al servicio de la KGB, que en desarrollo de las órdenes impartidas por su organización dio muerte en Múnich a dos (2) guías de inmigrantes con su pistola de gas. El Tribunal Supremo Federal lo consideró cómplice de asesinato al no tener interés en el resultado específico de la acción.

Con posterioridad hicieron irrupción las denominadas teorías “subjetivas” que buscaban diferenciarse del concepto “extensivo” de autor, concluyendo que en el plano objetivo, no cabe para ninguna de estas dos (2) teorías encontrar diferencias entre los diferentes tipos de intervinientes, pregonando para ello la equivalencia de todas las condiciones en la producción del resultado causal. En principio todos son autores, aunque postulan la existencia de cláusulas legales para lograr, aparentemente, una diferenciación de quienes actúan con *animus auctoris* y quienes intervienen con *animus socii*. A la concepción subjetivista se le critica, entre otras razones, que la distinción forjada entre autores y partícipes hace parte del fuero interno del intérprete, no consultando los criterios de objetivización del hecho<sup>12</sup>. En este contexto, primaba la voluntad, la intuición y las motivaciones sobre el estándar ontológico que presupone lo fáctico. Tal perspectiva implica que el ámbito de la autoría se encuentra delimitado para el agente cuando tiene voluntad propia y para el partícipe, cuando se tiene voluntad dependiente (referida a otro).

Con el surgimiento de la teoría “objetivo-formal”, la conducta adquiere una categoría jurídica propia dentro del contexto de la dogmática, entendiéndose como autor a “todo aquel” que realiza la acción contenida en el verbo que gramaticalmente describe la hipótesis conductual jurídicamente reprochable. Su carácter objetivo la lleva a considerar autor solamente a quien ejecuta empíricamente lo que descriptivamente se halla inserto en el tipo << p.e. el que sustrae, el que accede, el que mata >> y su contenido formal hace radicar esta posibilidad en cabeza de un solo sujeto. En consideración de Soler, sus características se enlistan en que la referencia contenida en la ley es de carácter expreso, no se exige el determinar el sentido del animus, solo adecuar la acción al ámbito de contorno descrito por el verbo (factor objetivo).

La anterior concepción postulada por Beling (1866-1931) cuando en su célebre *Die Lehre vom Verbrechen (Tübingen:1906)*, formuló su concepción sobre los tipos legales, comportó, para su época, un indudable avance en el derecho penal de su tiempo que jalonó la producción académica y práctica de principios del siglo XX, pues respetó “el principio de legalidad”, ajustando el concepto de autor a todo aquel que con su comportamiento se ubicara dentro de los estrictos ámbitos del tipo producido por el legislador histórico, elevándolo así a una categoría normativa que hoy permanece incólume.

Dentro de un estado de derecho, el derecho penal apunta en una dirección específica: racionalizar los criterios de intervención del *ius puniendi* a favor del ciudadano; ello contribuyó a que se erigiera, como obvio, un concepto “estricto” de autor que no acepta las categorías de “autoría mediata” ni “coautoría”, indistintamente de su configuración empírica como propia o impropia, admitiendo un criterio de participación donde contextualiza la totalidad, no la individualidad, así hoy la reformulemos con baremos de aportación a la producción de un resultado jurídicamente reprochable en un determinado curso causal.

Sin embargo, tal concepción nació con un “talón de Aquiles” que fue la misma causa de su destrucción; no teniendo cabida en su postulación la intervención de ciertos partícipes de innegable presencia dentro del quehacer delictivo, como el autor que interviniendo en injerencia plúrima<sup>13</sup> dentro de la empresa delictiva común en un nivel de dirección, no es sujeto naturalístico de su ejecución, y quien conforme a las voces de la teoría objetivo formal no encontraría reproche por su actuar, quedando impune su proceder.

La teoría material, fundamentada en los criterios objetivos de una visión de la autoría que atiende al sentido de la intervención y no solo a la “forma” del comportamiento, considera que no es relevante el adentramiento en las consideraciones síquicas del sujeto que ejecuta la conducta, desatendiendo eventos como el *animus* del actor principal o la sujeción de la voluntad de quienes concurren en la realización de la acción típica y que como consecuencia de lo anterior, no se puede circunscribir su ámbito de injerencia a los denominados “tipos legales”. Esta teoría parte de las denominadas “doctrinas individualizantes de la causalidad” la cual se configura por su esencia naturalmente contraria a la teoría de la “equivalencia” de las condiciones, la cual considera que en la consecución del resultado “operan” distintas fuerzas - las causas se predicen del autor y las condiciones del cómplice - el autor no adquiere la categoría de ser social, no procede la autoría material de propia mano, rompiendo con los criterios que en la edad media imperaban para la distinción entre autoría y participación, delimitados de acuerdo con los criterios de distribución: “causa phisysca” y “causa moralis”. Pero fue precisamente esta escuela la que estableció, en un primer momento, los conceptos de autoría mediata, entendida

<sup>11</sup> El relato de los casos se encuentra en Zaffaroni, Eugenio. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Ediar. 1.982. p. 301-302- Donna, Edgardo. La autoría y la participación criminal Igualmente en Fierro, Guillermo. Teoría de la participación. Astrea. 2ª edición. 2.001. p. 302.

<sup>12</sup> Caro John, José Antonio. Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber

<sup>13</sup> Convirtiéndose por tal motivo en “coautor”.

como la forma de direccionar la voluntad de un tercero con la finalidad de cometer un delito, en tanto que el concepto de coautoría fue delineado referencialmente cuando varias personas se ponen de acuerdo para cometer uno o varios delitos, entendiendo al inductor como aquel que determina a otro para que en su resolución genere, volitivamente, la acción de cometer un delito.

Con lo anterior se estaban preformando las categorías actuales de autores y partícipes en el delito, quedando al margen, en su momento, preguntas que seguían cuestionando la labor de los teóricos del delito como: a) ¿cuál es el hecho principal?, b) ¿cuál es el hecho secundario?, y c) ¿el interviniente de un hecho secundario, si es que ontológicamente existe, puede ser autor directo?<sup>14</sup>

#### 4. El delito como “ruptura racional” del proceso de comunicación en un “estado ideal” del habla

El planteamiento de lo que pudiéramos denominar “primera toma de contacto” con la línea conceptual primigeniamente trazada en la formulación del problema que hoy se somete a consideración de la comunidad académica especializada, se erige sobre tres (3) presupuestos fundamentales que resultan insoslayables, tanto en la construcción del presente capítulo como en la correcta comprensión de la fundamentación lógica del discurso que gobierna este planteamiento, los cuales constituyen su punto de partida. En primer lugar, se asume una perspectiva sistémica<sup>15</sup> del delito, entendiéndolo como la “*ruptura racional del proceso comunicativo*” en un “*estado ideal del habla*” que supone la existencia de la persona y la sociedad<sup>16</sup> por la defectuosa configuración de los ámbitos de competencia dentro de los cuales se desarrollan las conductas reprochadas punitivamente. La asunción de tal dimensión argumentativa comporta un cambio de postura en el referente conceptual, tradicionalmente vigente hasta hace poco, que tiene su origen en “*la razón práctica*” y que se prolonga hoy a “*la razón comunicativa*”. Tal y como lo afirma Habermas (2005), lo anterior no constituye una simple “*variación en la etiqueta*” con la que se rotulan de diferente forma los núcleos discursivos que habitualmente, aunque con ropaje diferente, gravitan en las ciencias sociales. Dentro de la cosmovisión habermasiana “*la razón práctica es una creación de la modernidad*” (Luhmann, 1990) propia de la filosofía del sujeto, “*encarnada en formas culturales de vida, instituciones y órdenes políticos*” (Luhmann, 1990) que encuentra su fortaleza en un individuo proyectado hacia la libertad como integrante de una sociedad civil, como ciudadano de un Estado o como ciudadano del mundo. Sin embargo esa visión del sujeto y del Estado como extremos correlacionados y correlacionables de una vida social, al mejor estilo de las cosmovisiones filosóficas aristotélica y hegeliana, se ve cuestionada con el surgimiento de la denominada “*teoría sistémica*” que rompe “*con los contenidos normativos de la razón práctica*” (Luhmann, 1990, p. 64) concibiendo al Estado y al derecho como subsistemas autorreferentes integrados a otros. La posición que asume Habermas encuentra su punto de partida, al menos para este específico aspecto, en la comprensión Hobbesiana<sup>17</sup> del Estado, que plasma en un argumento de la siguiente factura: “*De la autoafirmación de los individuos que Hobbes entendiera en términos naturalistas sale una consecuente línea de eliminación de la razón práctica que conduce en Luhmann a la autopoiesis de sistemas regulados autorreferencialmente*” (Luhmann, 1990, p. 64). La ruptura con un esquema de pensamiento estructurado en la reivindicación de la individualidad materializada en la selección del hecho históricamente relevante se encuentra consumada.

#### Conclusión

Consecuentes con el hilo conductor anterior, a la razón práctica no le queda sino fundamentarse “*en la fuerza normativa de lo fáctico*” (Luhmann, 1990, p. 65), constituyendo los horizontes que abarcan el Derecho y la ética como un intento de refugio ya casi que centenario. *La razón práctica* ya no puede dar respuesta a un sujeto que cuestiona cada vez más su posición dentro de una sociedad la cual se encuentra conformada por sistemas, recurriendo al Derecho como único plexo normativo estándar que garantiza la vigencia de un punto de equilibrio entre los diferentes intereses y motivaciones que inspiran y dirigen los comportamientos de los coasociados que conforman esa gran asamblea universal. El delito, se erige entonces, como presupuesto de “control social” en una ruptura de la comunicación en un “estado ideal” del habla, el cual, dogmáticamente se encuentra enmarcado dentro de la estructura del proceso penal legislado, originando una expectativa normativa de “resarcimiento” de la comunicación.

<sup>14</sup> Todas las anteriores concepciones implican, de entrada, la asunción de una postura con relación al concepto general de autor; la dogmática ha sido prolífica en ese aspecto y dentro de ellas pueden visualizarse las siguientes concepciones: a) posturas ontológicas, b) posturas legales, c) posturas unitarias, d) posturas extensivas, y d) posturas restrictivas.

<sup>15</sup> La dimensión sistémica sobre la que asienta el presente discurso se fundamenta en la cosmovisión propuesta por las diferentes “corrientes racionalistas” que establecen sus bases en el “análisis” de elementos “racionales” en el proceso epistemológico (Husserl), considerando al conjunto, no compuesto por cosas o sustancias sino por “funciones”. El Derecho, en general, y el Derecho penal en particular, son “funcionalidades” del orden social circunstancial que integran un Marco conjunto de relaciones intersubjetivas que “definen” la realidad por la “función” que ejercen. Esta “forma” de reinterpretar los “contactos” sociales no tuvo un origen único, por lo tanto nadie puede abrogarse la condición de “fundador” de una escuela sino simplemente de “exponente”, dada la gran variedad de vertientes y formas asumidas en cada uno de los plexos en que fue aplicada. Para Martínez Echavarría Leonor y otro. Diccionario de Filosofía, el término “función” es la “manifestación externa de la esencia o propiedad de un objeto que se refleja en un fin determinado”. Editorial Panamericana. 2ª edición, Bogotá. Pág. 228. La conducta delictiva representará una “variable” dentro de ese entramado de relaciones sociales de carácter comunicativo, el bien jurídico, para los sostenedores de este criterio que considera al derecho penal como garante de la intangibilidad de estos institutos, y la pena, cumplen una función determinada.

<sup>16</sup> VerLuhmann, Niklas. System und Funktion. Traducción de Santiago López y Dorothea Scmitz. 1ª edición. Paidós Ibérica. 1.990. para quien “sistema” es un conjunto de “relaciones” entre elementos autoreferentes (pág. 66) que se caracteriza por tener la capacidad de establecer vínculos consigo mismo (p. 44) y “diferenciarlos” de su entorno. El “sistema” podrá tener correspondencia con otros “sistemas” configurando un entramado social diferente al de los “organismos”, descartando la “analogía” y postulando como criterios de validez la “generalización” y la “re especificación”. Los estándares que caracterizan los sistemas sociales estarán especificados por: a) la unidad, que consiste en la potencialidad de constituir diferencias entre cada uno de los elementos que lo componen, b) su carácter no síquico, y c) la generalidad y la universalidad. “cada contacto social se comprende como sistema hasta que llega a la sociedad misma y entra, a su vez, en contacto con otros contactos sociales”.

<sup>17</sup> Hobbes, Thomas. El Leviatán o la Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil. Fondo de Cultura Económica. México. Uno de los aspectos más importantes en la obra de Hobbes es el reconocimiento del deber de protección como fin esencial del Estado. En el Estado moderno la autoconservación se encuentra en peligro, el Estado de naturaleza es un estado de guerra, caracterizado por la ausencia de autoridad que genera la voluntad de lucha. El origen de las discordias se centra en la maximización de los intereses individuales que enfrentan el deseo de una libertad total, sin restricciones básicas, a la necesidad de protección de los individuos. En esa proporción de fuerzas siempre habrá una parte más débil que por su misma condición será refractaria de deberes de salvaguarda, protección e injerencia que le es referible a quien privilegiadamente ostenta una condición de poder.

En el contexto anterior, juega un papel importante la concurrencia de tres vertientes de fundamentación epistemológica, la filosófica, la sociológica y la dogmática, que prevalidas de conceptos anteriores al tipo lo “envasan” en una nueva estructura descriptiva.

#### **Conflicto de intereses**

Los autores declaran no tener ningún conflicto de intereses

#### **Referencias Bibliográficas**

1. Beck, U. La Sociedad del Riesgo. Hacia una nueva modernidad. Risikogesellschaft. Aufdem Weg in eine andere Moderne Publicado en alemán por Suhrkamp, Fráncfort del Meno. Traducción: Jorge Navarro (caps. I, II [3, 4 y 5], III y IV) Daniel Jiménez (cap. II [1 y 2]). M<sup>o</sup> Rosa Borrás (caps. V-VIII).
2. Escobar Vélez, S. (2006). EAFIT. El Actuar en Lugar de Otro. Aproximación a sus fundamentos, ámbito de aplicación y problemas más relevantes. Proyecto de investigación en “Corrupción y Delincuencia Económica”. Problemas Comunes de Autoría y Participación. Dr. Juan Oberto Sotomayor Acosta. Medellín.
3. Habermas, J. (2005). Facticidad y Validez. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Frankfurt: Editorial Trotta,
4. Hobbes, T. (1998). El Leviatán o la Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
5. Jescheck, H. H. (1981). Tratado de Derecho Penal. Barcelona, España: Editorial Bosch.
6. Plascencia Viilanueva, R. (2004). Teoría del Delito. México D.F.: Universidad Autónoma de México.
7. Mir Puig, S. (2008) Derecho Penal. Barcelona, España: Parte General.
8. Roxin, C. (2006). Täterschaft und Tatherrschaft. Achte Auflage. Berlín: De Gruyter Recht..
9. Zaczyk. R. (2010). Libertad, derecho y fundamentación de la pena. Eduardo Montealegre Lynnet, Nathalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro, John Polaino, y Miguel Polaino - Orts. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.