

Voluntad y conocimiento como presupuestos del dolo en materia penal*

Willingness and knowledge as presuppositions of willful misconduct in criminal matters

Yesid Echeverry Enciso

Resumen

Este artículo plantea la necesidad de fundamentar teóricamente la noción de dolo utilizada en la legislación penal colombiana, así como su desarrollo jurisprudencial, a fin de superar las profundas dificultades que se presentan al momento de demostrar tal categoría en los casos concretos. Para ello, se revisa la forma como el dolo es tratado por la Corte Suprema de Justicia en diversas sentencias; se problematiza y cuestiona mostrando las debilidades de asumir su postura; finalmente, se propone una revisión desde la perspectiva de Aristóteles y Schopenhauer para solucionar la dificultad de su prueba y contribuir a su fortalecimiento filosófico.

Palabras clave: dolo, voluntad, conocimiento, dogmática penal, conducta desviada, socialización, responsabilidad penal, culpabilidad.

Abstract

This article highlights the need of theoretically supporting the notion of willful misconduct

in the Colombian Criminal Law and its jurisprudence development, in order to overcome the profound difficulties that arise when such a category is to be proved in actual cases. To this end, the way willful misconduct is addressed by the Supreme Court in diverse judgments is revised; it is also analyzed and criticized showing the weaknesses of assuming its position and, finally, a review from the perspective of Aristotle and Schopenhauer is proposed in order to solve the complexity of this fact and contribute to its philosophical strengthening as well.

Key words: Willful misconduct, willingness, knowledge, criminal dogmatic, deviant behavior, socialization, criminal liability, culpability.

Introducción

El problema de la libertad humana ha sido siempre una de las cuestiones fundamentales de la meditación filosófica y del debate político, con la particularidad de que—quíerese o no— la discusión se ha hecho por momentos

• Fecha de recepción del artículo: 11 de mayo de 2009 • Fecha de aceptación: 31 de julio de 2009.

YESID ECHEVERRY ENCISO. Sociólogo y Magíster en Filosofía Política, por la Universidad del Valle. Abogado por la Universidad de San Buenaventura Cali - Colombia. Especialista en Derecho Penal, por la Universidad Santiago de Cali. Profesor tiempo completo de la Universidad Icesi, adscrito al Departamento de Estudios Jurídicos. Miembro del Grupo de Investigación *Precedente*, reconocido por Colciencias en categoría C. Correo electrónico: yecheverry@icesi.edu.co

* Este artículo es producto del proyecto de investigación *La noción de dolo en la dogmática penal colombiana*, de la universidad Icesi, Cali, Colombia.

en un plano metafísico. Aún así, la reflexión sobre ella demuestra una profundización del intelecto humano en uno de los enigmas más angustiantes que tiene ante sí el hombre. La multiplicidad de respuestas aportadas, así como las formas de enfocar y presentar la cuestión de la libertad, constituyen logros de la conciencia filosófica y política a lo largo de la historia.

La reflexión sobre la libertad y su compleja polivalencia de sentidos ha tenido como hilo conductor su comprensión como la clave de la acción individual y colectiva del ser humano. A la libertad se le ha atribuido la decisión última sobre el bien y el mal, también sobre lo prohibido y lo permitido; se le ha convertido en el fundamento mismo de la responsabilidad de los actos humanos y se le ha situado como la base de la autodeterminación humana y la garantía del bien común. Bajo esta última forma se ha considerado a la libertad como la capacidad humana que permite el autodomínio: quien posee autodomínio es libre y, por tanto, responsable consigo mismo y con los otros. También bajo esta forma se ha considerado que el Estado tiene la obligación moral y política de garantizar el ejercicio pleno de la libertad y el autodomínio humanos.

Uno de los filósofos que llevó al más alto grado de desarrollo esta última clave fue Hegel (1986), quien al respecto dijo que: *la libertad tiene en el Estado realidad concreta solamente en la medida en que la singularidad personal y sus intereses particulares tengan su total desarrollo y el reconocimiento de su derecho* (p. 260). En Hegel, por supuesto, el desarrollo de la individualidad estaba encarnado en el Estado como garante de la libertad y de las libertades; en otras palabras, le asistía al Estado una obligación especial de garantizar el desarrollo de la acción humana en todo su potencial. El Estado, de esta manera, tenía como función materializar el derecho de los hombres, en calidad de ciudadanos, para hacer efectivo el disfrute de sus libertades.

A la *moral* y al *derecho* se les situó con Kant y Hegel como doctrinas capaces de profundizar y aclarar los alcances de la libertad humana. La primera se ubicó al nivel de la

conceptualización del sujeto moral, racional y autónomo de sus actos, cuya capacidad de libertad le impele a actuar de acuerdo con el deber y sólo el deber, liberándose de la injerencia del deseo o de la emoción. La segunda, no obstante, se sigue preguntando ¿hasta dónde a ese sujeto moral, capaz del bien y del mal, se le pueden hacer cargos o juicios de responsabilidad acordes con sus actos, cuando estos actos están motivados también por el deseo o por determinaciones externas? ¿Cómo exigir que se comporte de una u otra forma cuando la decisión no está en su propia voluntad autónoma? En tal sentido, si para la moral es claro que la actuación del sujeto no debe estar coaccionada por el deseo sino por el imperativo categórico de obrar de acuerdo al deber moral, para el derecho es fundamental entender que un sujeto que obra por mediación o intermediación de otro no puede ser responsable de su acción cuando su voluntad ha sido coaccionada y su esencia moral reificada; es decir, convertida en cosa, en instrumento; pues ello deviene abiertamente en contra de la dignidad humana. Entonces, el derecho y la moral se cruzan aquí.

Aún así, vale la pena preguntar ¿es la voluntad realmente libre? ¿Puede el hombre escapar al determinismo natural del principio de causalidad? Estas preguntas son básicas a la hora de establecer una justificación racional de la responsabilidad por los actos humanos. Este artículo trata precisamente de avanzar en la forma cómo se articulan la voluntad y el conocimiento en materia de responsabilidad penal. Para ello, primero se aborda la manera como el derecho contempla esa cuestión. Y después cómo desarrollan Aristóteles y Schopenhauer sus argumentos. Aristóteles fue el primer filósofo que concibió la relación entre estas dos dimensiones. La voluntad implica para él una primera forma de libertad y la racionalidad una forma de deliberación. Asimismo, interesa Schopenhauer puesto que es uno de los filósofos que más fehaciente y directamente ha cuestionado la libertad de la voluntad y remite a la motivación y al deseo como elementos internos determinadores de la voluntad y forjadores del carácter humano.

A manera de conclusión, este artículo realiza un breve balance de la discusión.

Voluntad y conocimiento en derecho penal

A efectos de entender las exigencias normativas en materia penal, es necesario abordar someramente el sentido de las codificaciones y tipificaciones que los hombres han realizado con el propósito de recrear su mundo y dar sentido a su comportamiento en procura de un orden reglado. El hombre está sometido a preceptos normativos o reglas que imponen unas formas de actuar o no actuar. La actividad humana no sería posible, por lo menos como la conocemos, si nuestras conductas no siguiesen tales cánones o patrones rutinizados al momento de ejecutar nuestras tareas, de acuerdo con los contextos socio-culturales en que nos desenvolvemos. De no ser por el respeto de los códigos y señales que aparecen por todas partes en nuestros centros urbanos, la movilidad simplemente sería un caos. Las normas que seguimos en nuestras acciones le dan al mundo en que vivimos su carácter ordenado y predecible, generando tácitamente un presupuesto de confianza, o como diría el sociólogo británico Anthony Giddens (1998), de "seguridad ontológica" a nuestra vida cotidiana.

Parte de la sociología se preocupa por analizar el modo de lograr el orden social. Sin embargo, no todos se ajustan a las expectativas sociales en todo momento. Algunos conductores, por ejemplo, cuando tienen mucha prisa o bajo la influencia del alcohol, desobedecen las reglas; incluso ponen en peligro la vida de los demás; otros llegan a conducir temerariamente al irrespetar el sentido de las vías y sin acatar las señales o ignorar el semáforo. Esto demuestra que las personas, en ocasiones, se desvían de las reglas que se supone deben respetar y generan un comportamiento inesperado por el conglomerado al poner en entredicho el orden social.

El estudio de la conducta desviada ha sido abordado por la sociología de raigambre funcionalista y por la criminología crítica; esta última contribuye al entendimiento de



Carrera 5ª, calle 12, Plaza de Caicedo.

los patrones antinómicos y anómicos de la colectividad. Es un área de análisis bastante amplia dado que existen tantos tipos de violaciones como normas y valores sociales hay. Si se considera que las normas varían de una cultura a otra, así como entre las diferentes subculturas de una misma sociedad, se puede advertir la desviación al comportamiento esperado por múltiples razones y diversos modos. La desviación, según el sociólogo Anthony Giddens (1991), se puede definir como *la no conformidad a una norma o a una serie de normas dadas que son aceptadas por un número significativo de personas de una comunidad o sociedad* (p. 152). Para Parsons (1984), la desviación es *la tendencia motivada para un actor en el orden a comportarse en*

contravención de una o más pautas normativas institucionalizadas (pp. 238-239). Se puede, entonces, entender la desviación como una inconformidad con el orden dado o como una tendencia que marca la ruptura con el orden legitimado, ya sea para imponer uno nuevo o sólo para desobedecerlo. Este comportamiento contravencional genera una escisión entre transgresores y no transgresores que, a su vez, da como resultado la imposición de sanciones tendientes a conservar el statu quo. Sin embargo, hay autores que consideran la desviación como una transgresión del orden cultural que da lugar a los cambios sociales y a la renegociación de valores.

Como puede apreciarse, los comportamientos desviados y no desviados son la expresión de significados socialmente aceptados o reprobados. Cualquiera que sea la forma en que se asuman, estos siempre tienen de fondo una especie de convención que los hace válidos para el grupo de participantes en los cuales funcionan. Ello se debe al carácter social y al componente cultural que aparecen en el proceso de construcción de los significados que dan, de esta manera, un sentido a todas las actividades humanas que poco difieren del sentido que le atribuyen los *otros significantes* por ser parte integral en la formación del yo socializado.

Taylor al exponer el carácter dialógico de la identidad y del reconocimiento afirma:

(...) para mis propósitos sobre este punto, deseo valirme del término lenguaje en su sentido más flexible, que no sólo abarca las palabras que pronunciamos sino también otros modos de expresión con los cuales nos definimos, y entre los que se incluyen los “lenguajes” del arte, del gesto, del amor y similares. Pero aprendemos estos modos de expresión mediante nuestro intercambio con los demás. Las personas, por sí mismas, no adquieren los lenguajes necesarios para su autodefinition. Antes bien, entramos en contacto con ellos mediante la interacción con otros que son importantes para nosotros: lo que George Herbert Mead llamó los otros “significantes” (1993, pp. 52-53).

Así, pues, la producción simbólica no se puede descontextualizar de las condiciones socioeconómicas e históricas en que se desenvuelven los sujetos o actores sociales. Los sistemas simbólicos que los individuos utilizan en el proceso de construcción de significados y significantes ya están dados en un sitio específico, profundamente arraigados en el lenguaje y en la cultura, y constituyen una especie de herramienta comunal cuyos utensilios —una vez utilizados— hacen del usuario un reflejo de la comunidad. En este sentido, Lévi-Strauss nos dice:

El lenguaje es susceptible de ser tratado como un producto de la cultura: una lengua, usada en una sociedad, refleja la cultura general de la población, pero, en otro sentido, el lenguaje es una parte de la cultura; constituye uno de sus elementos, entre otros. Se puede considerar el lenguaje como una condición de la cultura, y ello en un doble sentido: diacrónico, puesto que el individuo adquiere la cultura de su grupo principalmente por medio del lenguaje; se instruye y educa al niño mediante el habla; se lo reprende y se lo halaga con palabras. El lenguaje aparece también como condición de la cultura en la medida en que ésta posee una arquitectura similar a la del lenguaje. Una y otra se edifican por medio de oposiciones y correlaciones, es decir, de relaciones lógicas. De tal manera que el lenguaje puede ser considerado como los cimientos destinados a recibir las estructuras que corresponden a la cultura en sus distintos aspectos, estructuras del mismo tipo que las del lenguaje (1993, p. 63).

En otras palabras, las instituciones y los sistemas sociales anteceden a los individuos que los utilizan y por ello es que se presentan con un carácter impositivo; esta es la coacción que se atribuye a los hechos sociales y que es ejercida sobre el individuo (Bruner, 1991).

El ser humano posee un poder imaginativo para construir culturas simbólicas y para adaptar las estructuras a las condiciones materiales y culturales que se requieren en cada época, de ahí la importancia de los signi-

ficados connotativos que cumplen la función de redefinir los significantes y ponerlos a tono con cada necesidad histórica. Las connotaciones, al desplazar los sentidos históricamente atribuidos a nuevos significantes, contribuyen al proceso de redefinición del mundo al actualizar los sistemas simbólicos conforme al capital de conocimiento acumulado. Al respecto, Bruner considera que:

(...) a pesar de nuestro poder para construir culturas simbólicas y establecer las fuerzas institucionales necesarias para su ejecución, no parece que podamos orientarlas muy fácilmente para alcanzar los logros y metas propuestos. Lo cual quiere significar que nuestras formas simbólicas comunales adquieren su propia dinámica y se constituyen ellas mismas en instituciones modeladoras de las conductas humanas por sí solas (1991, p. 38).

La realidad y los significados sociales son, en la mayor parte de las interacciones, el resultado de intrincados procesos de construcción y negociación, profundamente arraigados en la cultura; ello en tanto que los valores y creencias existentes en una sociedad son el resultado de decantamientos simbólicos que a lo largo de la historia de las instituciones, de los usos, de las prácticas y de las costumbres, van quedando a flote como las esencias en el proceso de depuración ideológica, en tanto que producen eficacia en la solución de problemas cotidianos.

Las creencias y los valores sociales cumplen funciones integradoras en la comunidad, al paso que funcionan en interés de sus integrantes en las relaciones con la colectividad; es decir, relativizan los conflictos entre individuo y sociedad, aunque están, de manera muy ligera, abiertos a la reflexión radical, puesto que casi no admiten formas antagónicas de comportamiento sin que ellas sean rechazadas o sancionadas.

Aunque todas las culturas descansan sobre una base axiológica que posibilita formas propias de vida y concepciones particulares de la realidad, no siempre se está a salvo de los choques y conmociones que genera la receptividad de nuevas formas ideológicas que ponen en cuestión los valores existentes, ya que

los valores sociales constituyen la forma cultural de construcción del significado al propiciar la escisión del mundo en dos grandes polaridades, ya sean estas lo sagrado y lo profano, lo bueno y lo malo, lo correcto y lo incorrecto, lo deseable y lo indeseable, etc. (Bruner, 1991, p. 48).

Estas polaridades llevan a una tercera forma, que es la negociación; que generalmente termina en la inversión de los valores iniciales o en una connotación; es decir, en un traslado de sentido o significado hacia otros significantes. *La fusión de horizontes actúa mediante el desarrollo de nuevos vocabularios de comparación, por cuyo medio es posible expresar estos contrastes (Taylor, 1993, p. 99).* Esto es lo que se entiende como transgresión cultural, que da origen al cambio social; así, la desviación no necesariamente constituye un problema al que hay que erradicar, ya que puede ser el motor o, al menos, el tránsito hacia una nueva forma de entender lo social. En otras palabras, la desviación de un orden puede dar lugar a otro orden, mejor o peor, depende del caso en concreto, pues conductas que en un tiempo eran vistas como delictivas hoy son consideradas como normales y ampliamente aceptadas en el contexto cultural.

Ahora bien, ninguna sociedad admitiría sin más una tipología tan escueta entre aquellos que se desvían de las normas y los que se acogen a ellas. Todos trasgredimos en algún momento o en alguna circunstancia normas de comportamiento generalmente aceptadas. Muchas personas han cometido en alguna ocasión pequeños hurtos, como llevarse algo de una tienda sin pagar o llevarse pequeños objetos del trabajo —como cuadernos de notas— para su uso particular. Otras han fumado marihuana, han comprado alcohol sin tener la edad legal, han tomado drogas ilegales, han vulnerado el mandato de fidelidad matrimonial, entre otras.

Normalmente las reglas o normas sociales se respetan porque, como resultado de la socialización, se han convertido en algo habitual, se han internalizado desde la infancia. Se puede afirmar que el hombre actúa de conformidad con ellas como si estuviese programado para su cumplimiento, lo cual

se torna puramente mecánico. El comportamiento anclado y objetivado sólo se sigue en la internalización de pautas sociales. El respeto de las normas opera en la creencia consciente de que el comportamiento que señalan está justificado. Esto se aplica, por ejemplo, a las normas de tránsito. Los conductores aceptan que tienen que respetar ciertas reglas, como conducir por el lado correcto de la carretera o detenerse cuando el semáforo está en rojo, porque si la mayoría de los conductores no acatasen dichas reglas las carreteras serían mucho más riesgosas de lo que ya son.

Todas las normas sociales van acompañadas de sanciones o amonestaciones que protegen contra la no conformidad. Una sanción es cualquier tipo de reacción de otros ante el comportamiento de un individuo o grupo y cuyo objetivo es asegurar que se cumple una norma concreta. Las sanciones pueden ser positivas o negativas, dependiendo de su finalidad; esto es, si están orientadas a reforzar comportamientos o a reprimirlos (operan como dádivas, aceptaciones, felicitaciones o actitudes de reproche, castigos, reprimendas, etc.). La imposición de sanciones en las sociedades modernas se ha delegado a un aparato coercitivo, organizado y especializado en ello, el sistema judicial, los tribunales de ética, la prisión, entre otras, son las instituciones encargadas de su cumplimiento.

Las sanciones informales, positivas o negativas, son un rasgo común de todos los contextos de la actividad social. Las de tipo positivo incluyen desde una felicitación o una sonrisa con aprecio, hasta darle una palmada en la espalda. Ejemplo de sanciones informales negativas son insultar, regañar o agredir físicamente a alguien; ridiculizar, señalar o estigmatizar con ciertas bromas o referir fábulas donde se expone al sancionado a ocupar el papel de un personaje o animal.

Las sanciones formales pretenden reorientar la conducta hacia el comportamiento esperado y aceptado por la colectividad; se encuentran codificadas y rigurosamente ritualizadas. Querer ganarse la aprobación de la familia, de los amigos o los colegas, o desear evitar ser puesto en ridículo, avergonzado

o rechazado, son cosas que normalmente influyen en el comportamiento de las personas, más que los premios o las sanciones, pues el reconocimiento social sigue siendo un incentivo normativo, aunque en ocasiones también lo es del comportamiento desviado, como cuando el joven realiza travesuras en clase para llamar la atención del grupo e ignora la autoridad del maestro.

Ahora bien, se puede afirmar que la conformidad es la conducta generalizada de los individuos en el marco de las colectividades y, por ello, se puede hablar del papel homogeneizador derivado de la eficacia normativa. La conformidad se asimila al sometimiento, al consenso social, al acuerdo y a la cultura. Los agentes de socialización, llámese escuela, familia, universidad, fábrica, club, sindicato, iglesia, entre otras, cumplen con su papel de interiorizar las pautas de comportamiento en los individuos a tal punto que logran ganarse la obediencia de las mayorías al interior de una colectividad. Algunos individuos y grupos que pierden o menguan sus adhesiones consensuales comienzan a actuar de modo disconforme y desviado, en pugna contra los patrones y modelos de la mayoría social. Comportamientos estos que suelen terminar en la rebelión o en el retraimiento, pues algunos individuos optan por proponer un nuevo modelo societal a través de la imposición de sus patronos por la vía armada, mientras que otros grupos prefieren aislarse y permanecer al margen de los cánones mayoritarios.

Desde el punto de vista criminológico, la desviación es *cualquier conducta que se aparte de lo considerado normal o socialmente aceptable en una sociedad o contexto social, o se aparte de las expectativas sociales en un momento dado, en cuanto pugna con los modelos y patrones de la mayoría social* (De La Cruz, 2003, p. 47). La naturaleza y el contenido del comportamiento desviado varían en términos de espacio y tiempo, pues los contextos culturales en que se produce obedecen a diversos componentes axiológicos y el comportamiento del pasado no asume la misma crítica y reproche en el presente.

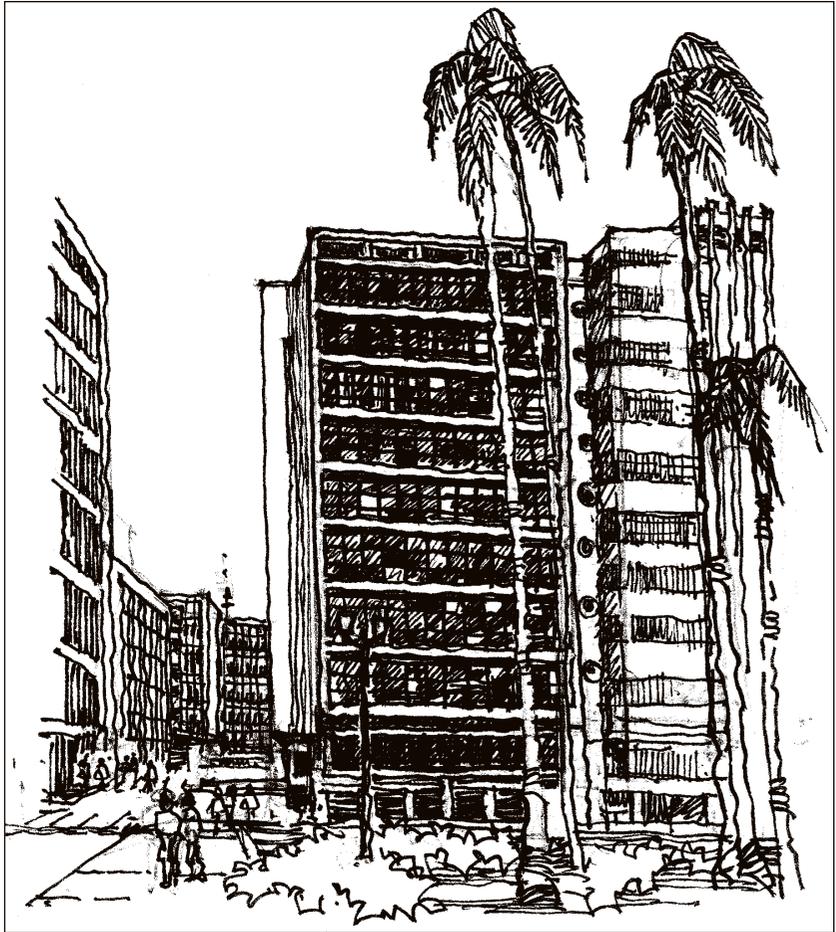
Pero las desviaciones no aparecen uniformemente, la diferenciación de la desviación

depende de circunstancias, de momentos, de contextos sociales. Como afirman algunos criminólogos, la desviación no puede explicarse de espaldas a la dimensión del control, el estatus de desviado debe ser entendido en el contexto del conflicto socio-político y económico; de no ser así se ubicaría dentro del espectro de la psicología individual, ocultando la naturaleza política y social de esta conducta que, en gran medida, obedece a relaciones injustas que se desarrollan en la sociedad; relaciones rechazadas y desaprobadas por un grupo de sujetos que hacen parte de la misma sociedad, la cual genera ideas e intereses opuestos. Intentar encontrar explicaciones por fuera del conflicto es desconocer el carácter anómico de la desviación, desnaturalizar su génesis.

Ahora bien, la selección de un comportamiento como delito no es otra cosa que la imposición de un valor y la descripción del apartamiento de dicho valor en forma de prohibición como un caso de desviación. Luego, la contemplación de un número significativo de prohibiciones en un código penal no es algo distinto de la aceptación de diferentes niveles de desviación que vulneran los intereses de la sociedad. Es precisamente la existencia de la conducta desviada la que confirma la necesidad de la norma; en otras palabras, sin desviación pierde sentido la prohibición, pues de nada serviría prohibir una conducta que nadie estaría dispuesto a cometer.

De esta manera, la ley penal es la expresión de valores, intereses y apuestas por modelos de dominación reinantes en un momento dado, bajo condiciones especiales y en un lugar determinado; da cuenta del universo axiológico de la sociedad, de sus prioridades e interpretaciones, de sus intercambios simbólicos y asignaciones de sentido a bienes concretos (vida, propiedad privada, honra, libertad, dignidad), que en últimas son el ámbito de su protección.

Por ello, el control penal es parte de la expresión del control social en cuanto a las conductas más desaprobadas por la colectividad y consideradas dañinas ante la pretensión de orden y legitimidad del poder estatuido.



Calle 11 con carrera 4ª, Plaza de Caicedo.

Control que impone drásticas sanciones a la conducta desviada y pretende reencauzar a quienes se apartan de ella como también ratificar y mantener a quienes por su senda andan. No olvidemos que el control también permite ciertos tipos de desviación, tolera algunos alejamientos de su pauta al punto de permitir el cambio social.

Frente a la desviación, la sociedad se manifiesta a través de la socialización como mecanismo dirigido a impedir su producción, a evitarla, ya sea por medio de la educación, de la interiorización de los valores y significados sociales, de las prácticas y habituaciones colectivas, entre otras; pero cuando la desviación aparece y está en pugna con los bienes jurídicamente protegidos por ser de especial relevancia para la sociedad, no queda otro camino que el control social y es cuando el sistema penal entra en acción una vez que la socialización y sus agentes han fracasado en el

proceso de internalización de la norma en el sujeto. De aquí que se afirme su carácter subsidiario y se hable del principio de la *última ratio* o derecho penal mínimo.

Así las cosas, las normas penales no generan nuevos valores sociales, no constituyen un sistema independiente de comportamiento en la sociedad; sólo recogen los valores existentes al interior de la colectividad dándoles un orden de prioridad y jerarquizando las sanciones que se establecen por las vulneraciones, de conformidad con las expectativas sociales. El control social penal debe acogerse a los parámetros que regulan su participación en la sociedad; no puede desconocerse su carácter de medio en procura de un bienestar o de la búsqueda de relaciones equitativas y de justicia. Su eficacia depende, en gran medida, de la convicción o legitimidad existente sobre su capacidad para lograr reafirmar los valores que la sociedad realmente tenga por importantes y asuma como suyos. Luego, por más represión penal que exista en un sistema normativo, si dicho sistema no es en realidad avalado por los ciudadanos jamás podrá obtener un nivel avanzado de obediencia; en otras palabras: no logrará una eficacia social.

Es necesario comprender que el sistema jurídico penal pretende superar la sensación de inseguridad latente en nuestras sociedades, inseguridad derivada de hechos a veces reales y a veces supuestos (Bauman, 2007). Para ello debe ganar la confianza y el respeto de sus sometidos, confianza que empieza con el respeto de los derechos del sindicado o del enjuiciado a obtener un trato incluyente, imparcial, justo y a que se le garantice la oportunidad de volver al medio social en mejores condiciones de sociabilidad. Pues, ante todo, el sistema de sanciones está estructurado bajo el supuesto que el delincuente o el desviado debe ser encaminado hacia la conformidad social, su desacato obedece a una falla en la socialización que debe ser corregida para que el sujeto pueda volver a la sociedad una vez se logre interiorizar la norma e inculcar el deber de obediencia a la misma. Sin embargo, la resocialización no ha sido, para el caso colombiano, un remedio efectivo frente a las formas de criminalidad,

no ha logrado persuadir al delincuente para que no reincida en su conducta, pero este tema no viene al caso en estudio y habrá de ser analizado en otra oportunidad.

Ahora bien, el derecho penal está pensado para proteger los intereses prioritariamente colectivos o sociales, intereses que se presentan como valores o bienes necesarios para la convivencia armónica, incluyendo en ellos los de la persona que eventualmente ha de someterse a juicio. Por otra parte, el derecho penal también tiene como misión limitar el poder punitivo del Estado y brindar seguridad al conglomerado; pues, en ocasiones (el Estado), decidido a terminar a toda costa con la criminalidad, puede imponer sanciones excesivas o arbitrarias sacrificando con ello las garantías mínimas de los individuos y la idea de la proporcionalidad. Pero ¿cuáles son esos intereses colectivos que protege el derecho penal? ¿A qué se refieren? Estas son las preguntas que llevan al problema de los bienes jurídicos tutelados por la ley. En este sentido, actualmente se habla de derecho penal de enemigo como una formulación de normas jurídico-penales que dan cuenta de un propósito político más allá del entorno estrictamente jurídico. Es decir, señala el uso normativo realizado por la política para encauzar la construcción social de sujetos vistos como enemigos del régimen.

En principio, este tipo de derecho asume que no se les puede tratar como ciudadanos a quienes infringen ciertas leyes penales; por tanto, hay que desconocerles sus derechos y garantías a través de procedimientos normativos que, si se quiere, riñen con el orden jurídico legítimo. En otras palabras, se trata de la aplicación de un conjunto de normas legisladas al amparo de los procedimientos, pero que generan discriminación o tratos desfavorables ante los agentes perpetradores de las conductas definidas como delitos atentatorios del orden público, de la moral social, de la paz, del régimen constitucional entre otros bienes jurídicos.

Esta noción de derecho penal de la enemistad tiene como fundamentación teórica la tesis formulada por Carl Schmitt (2002), principalmente en su obra *El concepto de lo*

político, donde el autor extrema su concepto de lo político a la relación amigo-enemigo y, por Hobbes quien afirma que el individuo no sometido al pacto social no puede tener tratamiento igualitario al asociado. Estos pensadores son retomados por Günter Jakobs para acuñar la noción de derecho penal de enemigo, en contraposición con un derecho penal del ciudadano; derecho que –frente a los delitos de terrorismo, secuestro, narcotráfico y extorsión, especialmente– ha venido encontrando asidero en las legislaciones tanto europeas como latinoamericanas (Aponte, 2006).

De este modo, se plantea uno de los temas más polémicos dentro del derecho penal: ¿qué hechos se convierten en delito? Pues bien, el derecho penal sólo debe proteger los bienes más valiosos para la convivencia; en otras palabras, aquellos valores sin los cuales sería imposible vivir o, por lo menos, la vida en colectivo se haría desastrosa; protección que debe hacerse de cara a las conductas más atroces, a ciertas formas de desviación susceptibles de reproche y escarnio público por estar destinadas a desarticular la vida en común; es decir, los comportamientos más peligrosos y repudiados por la sociedad. Luego, no toda vulneración o puesta en peligro de un bien jurídico debe estar acompañada de la intervención del derecho penal, he aquí su carácter subsidiario y la razón para que él sea la última instancia a la cual acudir, pues, generalmente, sus consecuencias son muy perjudiciales para el agresor.

Con la ausencia de un sistema normativo orientado a proteger los bienes y valores prioritarios para lograr la convivencia pacífica, armoniosa y justa de la colectividad, o sino existiera una institución encargada de asegurar la inviolabilidad de la vida, la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la salud, la integridad física, entre otros, la convivencia no sería posible, al menos en el estado actual del desarrollo social. Según el criterio del bien jurídico, la afectación social de un hecho depende del nivel de agresión a intereses que afectan las condiciones de vida de los individuos o de la afectación directa a ellos mismos.

Partiendo del propio contrato social, surgió un derecho a ser respetado y un deber a respetar; el delito apareció como lesión de ese derecho intrínseco (subjetivo) que resumía a la libertad como derecho inherente a todo hombre. Luego el derecho se escinde en subjetivo y objetivo, siendo el primero una potestad, una facultad, una capacidad que reside en el ser, en el titular del derecho, y el segundo, el objeto mismo sobre el que recae la facultad o potestad. La propiedad, por ejemplo, entraña como derecho subjetivo la disposición que posee el propietario sobre el bien, esto es la capacidad o facultad para hacer con este lo que a bien tenga sin más limitaciones que el derecho ajeno. La intervención injustificada de un tercero en dicha potestad equivale a una intromisión ilícita, a una violación de su libertad. De ahí se afirma que donde no existe lesión de un derecho subjetivo no existirá ningún delito.

Actualmente, algunos autores discuten el concepto de bien jurídico vinculado a fines del ordenamiento y del Estado. No deja de ser problemática la selección de los bienes jurídicos que deben ser protegidos por el Estado, menos aún lo es el criterio que debe seguir el legislador en el proceso de selección. Luego, el legislador ha de acudir, en principio, a las costumbres societales, a los valores colectivos que han sido decantados en el transcurso de la historia y que, por virtud de la constituyente, fueron positivizados en la constitución, de donde resulta que la fuente legítima para seleccionar los bienes a proteger no es otra que la constitución de un Estado.

De otra parte, el bien jurídico también se ha querido fundamentar en el funcionalismo sociológico que se originó con Emile Durkheim en el siglo pasado. Según esta teoría del bien jurídico *todos los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales se pueden explicar no a partir de su sustrato material sino de la función y utilidad que tienen para la vida social* (De La Cruz, 2003, p. 55). Esta particular visión del derecho penal parte de la creencia en un sistema del cual las normas jurídicas son sólo la expresión de un subsistema normativo encaminado a cumplir una función para la supervivencia del sistema

total. Luego, los bienes jurídicos a proteger son aquellos que el sistema presenta como necesarios para la continuidad del mismo como un gran órgano biológico.

En este contexto han deambulado las discusiones respecto de qué debe ser considerado como delito y cuál la pena o sanción a imponer, conflicto que no parece estar pronto a resolver. Pero también la manera de estructurar el delito, esto es ¿de qué se compone?, ¿cuáles son sus elementos? En este sentido, la legislación colombiana ha optado por la forma tripartita del delito: pues para que una conducta se considere punible ha de ser *típica, antijurídica y culpable*. En otras palabras, el delito se compone de tres categorías, a saber: estar previamente descrito en la ley como punible (tipicidad), ser violatorio de un bien jurídico protegido por la ley o ponerlo en grave peligro (antijurídica), y haberse realizado con conocimiento e intención o violación del deber de cuidado (culpabilidad). La parte de la culpabilidad que se refiere al conocimiento de que se actúa de manera contraria a la norma y la intención de realizar dicha acción es lo que se conoce como dolo en la dogmática penal colombiana.

El concepto penal de culpabilidad remonta su origen a finales del siglo XIX donde la dogmática penal acuñó su acepción en contraposición de una responsabilidad penal basada meramente por el resultado de la acción. Famoso es aquel adagio que reza “quien inocentemente peca inocentemente se castiga”, sin hacer alusión alguna a la intencionalidad o al conocimiento de la ilegalidad del hecho por parte del autor. La palabra culpabilidad contiene al menos, tres significados: a) como elemento dogmático del delito; b) como fundamento del principio de culpabilidad enunciado bajo el aforismo latino *nulla poena sine culpa* y c) como elemento legitimador de la pena y del *ius puniendi*. En otras palabras, el principio de la culpabilidad enuncia el principio de la individualización de la responsabilidad penal. Antaño, las conductas punibles derivaban responsabilidad y consecuencias que cobijaban al actor y a sus familiares. Como elemento dogmático del delito, la culpabili-

dad constituye un elemento imprescindible –según la mayoría de la doctrina– para la calificación de una conducta como delictiva. Pero la exigencia de un elemento subjetivo en el delito no es nueva, sino que ya el inicial concepto germinal de delito se configuraba como la acción culpable.

Según la división tripartita, el delito sería la acción u omisión típica, antijurídica y culpable, tal y como aparece estipulado en nuestra legislación penal. Sin embargo, la contemplación como elemento del tipo penal no hace ninguna definición de la misma. Por ello, en la doctrina la culpabilidad asume dos acepciones: como concepto material y como concepto formal. El uno pretende dar cuenta del dolo y de la culpa como parte integrante de los elementos subjetivos del delito, esto es, como intencionalidad y como conciencia de la ilegalidad. El otro, es decir el material, busca establecer los supuestos bajo los cuales es posible realizar el juicio de atribución de responsabilidad.

En este sentido, parece existir cierto consenso en torno a la prioridad del principio *no hay pena sin culpabilidad*, aunque algunas divergencias subsisten en cuanto a la naturaleza de la culpabilidad, pues los funcionalistas no ven la necesidad de dicho concepto en la medida que la infracción es una irregularidad del sistema y debe ser resuelta volviendo al estado de cosas sin importar la subjetividad del infractor. Los que optan por un derecho de corte naturalista, inspirado en el principio de causalidad y amparados en las reglas del método científico, ven en la culpabilidad el peligro de la subjetividad y la presencia de la acientificidad del derecho. Bajo la influencia del pensamiento positivista y por oposición a la tesis del derecho natural, los juristas describieron –a la mitad del siglo pasado– la culpabilidad como la relación psicológica que vincula al autor del comportamiento como el resultado lesivo ocasionado.

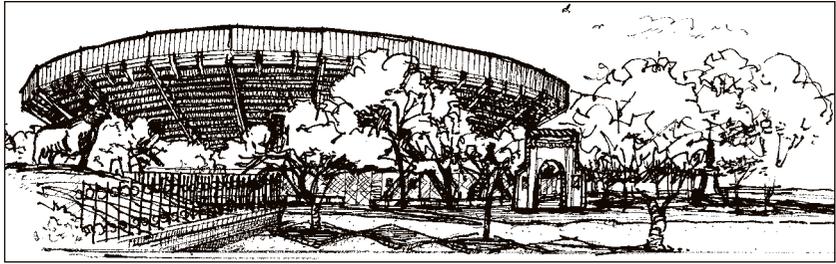
Esta explicación fue, con prontitud, juzgada insuficiente. Así, se estimó que no podía explicar por qué la culpabilidad no debía ser admitida en relación con quien daña un bien, de modo ilícito e intencional, encontrándose en estado de necesidad. Pues, en ese caso,

existe una relación psicológica clara entre el autor y el resultado. Así mismo, se objetó que la culpa inconsciente no podría ser considerada como un caso de culpabilidad, ya que dicha culpa se caracteriza, justamente, por una ausencia de relación psicológica. Se critica a la tesis psicológica la ausencia de respuesta para explicar el caso del delito culposo derivado de la omisión, por violación del deber de cuidado.

Para la teoría psicológica, la culpabilidad debe hallarse en la conciencia y la voluntad del acto realizado o en la relación psicológica que corre entre un hecho material y la persona que lo ha llevado a cabo. Esta teoría tiene el mérito de *haberse enfrentado a la vieja concepción de la responsabilidad objetiva y el de haber enfocado el problema de la responsabilidad hacia el hombre, más que hacia el resultado de su comportamiento* (Reyes, 1997, p. 5). A pesar de su importancia, autores como Gunther Jakobs (1998) critican el concepto psicológico de culpabilidad por varios motivos, entre ellos: *ante todo no proporciona indicación alguna sobre qué hechos psíquicos (¿por qué psíquicos?) han de ser relevantes para la culpabilidad; así tampoco alcanza a fundamentar la relevancia del dolo y de la imprudencia* (p. 569).

Por su parte la teoría normativa no constituye propiamente una concreta posición doctrinal, sino más bien un conjunto de matices cuyo denominador común es el rechazo de las orientaciones psicologistas, la referencia del concepto a la norma y el evidente énfasis en la reprochabilidad de la conducta del agente. Para algunos autores de esta corriente como Reinhart Frank, padre de esta escuela:

(...) la culpabilidad no es un nexo psicológico ente el agente y su comportamiento, sino un juicio que reemite sobre quien, habiendo podido comportarse conforme al deber que le era exigible, ha actuado de modo contrario a ese deber; trátese, pues, de un fenómeno complejo cuya estructura forman parte el dolo, la culpa, la imputabilidad y la normalidad de la motivación, y puesto que en ella intervienen estos elementos, bien puede sintetizarse su esencia en la reprochabilidad.



Plaza de Toros Cañaveralejo (1958).

De esta manera dolo y culpa dejan de constituir el fenómeno mismo de la culpabilidad para convertirse simplemente en elementos suyos (Reyes, 1997, p. 7).

Para superar las insuficiencias de la concepción psicológica, los penalistas acudieron a la tesis neokantiana. El primer paso dado fue el de reconocer que entre el autor y el resultado de su comportamiento no existía un vínculo psicológico, sino que se trataba de una especial actitud síquica del agente. En seguida se niega que la culpabilidad pueda ser, únicamente, reducida a este aspecto psicológico. Es, entonces, cuando se introduce una nueva noción de naturaleza normativa; el juicio de reproche. La culpabilidad es definida como un juicio de valor negativo (reproche) formulado contra quien —a pesar de poder actuar conforme al derecho— realiza un acto ilícito. Esta concepción es, generalmente, designada con la expresión *teoría normativa de la culpabilidad*.

Mediante este esclarecimiento, los penalistas lograron explicar y ordenar mejor los elementos constitutivos de la culpabilidad: la capacidad penal es considerada condición previa a la culpabilidad porque es indispensable a la formación de la voluntad contraria al derecho, voluntad que se manifiesta de dos maneras: el dolo o intención y la negligencia. Y las circunstancias que excluyen la culpabilidad son explicadas con auxilio del criterio normativo de la no-exigibilidad de otra conducta. También se ha querido explicar la culpabilidad desde posiciones finalistas como la expuesta por Hans Welzel:

La finalidad o carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su

actividad, proponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines (Reyes, 1997, p. 12).

Pero esta capacidad de prever las consecuencias del engranaje de la intervención causal y de orientar la conducta sobre estas bases a una finalidad determinada, sólo es posible mediante la voluntad; por eso es la columna vertebral de la acción final. La dirección final de la conducta supone dos etapas, la una es interna en cuanto se desenvuelve en la esfera del pensamiento; la otra es externa porque se realiza en el mundo de la naturaleza. Durante la primera fase, la persona anticipa mentalmente el fin que se propone; luego selecciona qué habrá de servirle para lograr la meta deseada mediante un movimiento de retroceso desde el fin, y, por último, considera los efectos concomitantes de su acción futura para evitarlos o contrarrestar sus desviaciones, operación esta última que realiza hacia delante a partir del factor causal elegido como medio en dirección a los efectos de producir. Superada esta etapa interna, el sujeto ejecuta su acción en el mundo exterior; es decir, pone en movimiento, conforme al plan trazado, los medios de actuar que ha escogido previamente hasta lograr el fin perseguido.

En este orden de ideas sólo se puede hablar de acción cuando el hombre, con conciencia del proceso causal, dirige su actividad desde el fin elegido; por eso la finalidad es el elemento esencial de la acción y cobija el conocimiento causal, entendido como la comprensión de las posibles consecuencias de su actividad y la voluntad de realización del hecho con base en tal conocimiento. Los finalistas consideran, en efecto, que si la culpabilidad es juicio de reproche de una acción típica, antijurídica y si dentro del fenómeno de la acción está el dolo, este, no pudiendo ser al propio tiempo valoración y objeto de valoración, no pertenece a la culpabilidad sino a la conducta, y más exactamente al injusto, entendido como conducta típica y antijurídica.

Según Reyes Echandía (1997) uno de los elementos que llevaron a esta ubicación del dolo fue el reconocimiento de que el tipo

penal no es exclusivamente y siempre de carácter objetivo, sino que a veces presenta aspectos subjetivos en los que aparece ostensible una concreta finalidad que orienta la conducta del agente; en estos casos, dicen los finalistas, no es posible referir lo objetivo al injusto y lo subjetivo o interno a la culpabilidad; debe reconocerse, al contrario, que tratándose de una voluntad de acción, dichos eventos y en todos los demás, el dolo pertenece al tipo, es su elemento subjetivo. Al examinar los tipos penales en busca de elementos subjetivos se encontró, además que en la tentativa, el dolo es uno de ellos (pp. 15-17).

De acuerdo con la teoría finalista, son elementos de la culpabilidad: la imputabilidad, la posibilidad concreta de conocer el carácter ilícito del hecho realizado y la exigibilidad de una conducta conforme a la ley. La imputabilidad, entendida como capacidad de autorregularse conforme a derecho, es parte esencial del concepto de culpabilidad de acuerdo con la concepción finalista; de tal manera que la conducta realizada por un inimputable no es culpable, aunque puede ser dolosa, desde luego que este fenómeno pertenece a la acción. El segundo elemento de la culpabilidad es la conciencia de la ilicitud del hecho, en el sentido de que el agente debe tener la concreta posibilidad de comprender que actúa en forma antijurídica (Reyes, 1997). La teoría finalista tiene el mérito de haber introducido el concepto final de la acción humana en el ámbito del derecho penal y haber intentado una explicación sistemática de la teoría del delito.

En el caso colombiano, la Constitución Política, en su artículo 29, inciso 4º, incorporó el principio de culpabilidad como condición de responsabilidad penal: *toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado jurídicamente culpable*, concepto que tiene su regulación legal en los Arts. 9, 12, 21 y 22 del Código Penal (Ley 599 de 2000) y que fundamenta la culpabilidad en la capacidad de autodeterminación conforme a los valores jurídicos (Gómez, 1996). Quien tiene capacidad de autodeterminación mínima puede ser culpable si además se dan los presupuestos; quien carece de esa capa-

cidad en concreto, no puede ser culpable penalmente. Cuando el delito es expresión del uso del límite logrado de libertad, hay responsabilidad penal, pero cuando el hecho punible es reflejo precisamente de una falta de libertad, la responsabilidad penal se desdibuja.

El fenómeno de la culpabilidad se predica del sujeto imputable que ha incurrido en una conducta subsumible en un tipo penal determinado y vulnerado sin justa causa el interés jurídico tutelado, que ha actuado con la voluntad consciente que genera juicio de reproche porque se comportó en forma antijurídica pudiendo y debiendo hacerlo diversamente; o dicho en forma más simple, porque realizó un comportamiento típico y antijurídico con dolo, culpa o preterintención; la consecuencia de una acción u omisión de tal naturaleza es la imposición de la correspondiente pena; sanción que no se impone a quien ha actuado sin culpabilidad.

Para Jesús Orlando Gómez López, uno de los juristas colombianos más destacados en el ámbito penal, sea cualquiera el concepto o idea de culpabilidad que se tenga y mientras subsistan los postulados de los Arts. 9 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, normas estas de forzoso respecto en Colombia y de superior jerarquía (Art. 93 C.N.) *“es indispensable para que haya delito que el hecho sea doloso o culposo y no puede haber delito si razonablemente no podía exigírsele al sujeto la acción conforme al derecho u otras con menor contenido de injusto”* (1996, p. 49). Sea cual fuere el nombre que doctrinariamente quiera dársele a estos requisitos del delito, la omisión de los mismos para calificar legalmente una acción como delito es una violación a los derechos humanos.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en reiteradas oportunidades ha manifestado la necesidad de probar la culpabilidad a efectos de configurar responsabilidad, culpa que debe manifestarse en cualquiera de sus tres modalidades. Es decir, bajo la forma de dolo, culpa propiamente dicha y preterintención. Para el caso en estudio, la estructuración del dolo debe contener el conocimiento de los

elementos constitutivos de la conducta punible, de su carácter delictivo o prohibitivo y la manifestación de su voluntad orientada a la realización del comportamiento típico. Veamos:

(...) la tesis que el código penal ha legalizado reza que no puede haber responsabilidad penal sin culpabilidad, esto es, sin la prueba de la existencia de una “actividad consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche en cuanto el agente actúa en forma antijurídica pudiendo y debiendo actuar diversamente” y cuando la hace dolosamente, sabiendo que con su comportamiento vulnera un derecho legítimamente protegido.

No basta que el sujeto activo tenga conocimiento de todas las características de su conducta en cuanto adecuado a un tipo penal determinado, sino que es necesario, además, para que de dolo pueda hablarse, que sea consciente de que su comportamiento vulnera sin facultad legítima el interés jurídico penalmente tutelado y, por consiguiente, de que va a hacer algo indebido (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 4 de junio de 1981).

Persiste la idea del dolo como una mezcla entre conocimiento e intención de realización, categoría de carácter psicológico o subjetivo que deviene de la escuela causalista del derecho penal, donde se contemplaba un elemento objetivo representado en la acción u omisión, en el hacer o no ejecutar la conducta prohibitiva o mandada, según el caso, por la ley; un elemento normativo que consistía en la controversia entre la conducta desplegada por el agente y la norma y, por último el juicio de culpabilidad. De allí que la misma Corte, se refiera al dolo y a la culpabilidad como elementos subjetivos del tipo penal. Veamos:

Es bien sabido que además de los elementos objetivos del delito, debe darse el subjetivo, esto es de la intencionalidad con que actúa el sujeto activo de la infracción, que significa simple y llanamente, el querer consciente, de realizar una conducta que se sabe es antijurídica y en el caso que se analiza por la motivaciones y finalidades que impulsaron la conducta del sindicado, que se ha de

concluir que no actuó con intención de realizar una conducta violatoria de un derecho protegido penalmente, y por el contrario es tan evidente la buena fe con que actuó, que dejó constancia de sus propósitos en el acta de la diligencia(...)

(...) al no existir la intención dolosa de actuar antijurídicamente es apenas obvio que se ha de concluir en la inexistencia del delito imputado por ausencia de culpabilidad (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 31 de julio de 1985).

En conclusión, la culpabilidad no puede ser un simple juicio de reproche al autor por su acción injusta, pues la reprobación encierra un juicio moral o ético que el Estado no está legitimado en hacer; la responsabilidad se reduce a confirmar las condiciones de exigibilidad; es decir, si el Estado podía o no podía exigir al sujeto la conducta adecuada a derecho, atendiendo al conjunto de condiciones individuales y sociales en que se obró, pero la verificación de la exigibilidad presupone que se le han dado al individuo las condiciones mínimas para exigirle; si su culpabilidad es exigibilidad, esta sólo puede plantearse cuando a su vez el Estado ha suministrado los elementos para que el autor pudiese obrar conforme a la norma. En otras palabras, el Estado debe garantizar las condiciones para que los sujetos actúen con conocimiento de su acción (educación) y bajo presupuestos de libertad.

Recapitulando, el Estado ante la presencia de la desviación grave que atenta contra valores y bienes jurídicamente relevantes para la sociedad —una vez fracasado el proceso de socialización e internalización de normas y valores— intenta contener la conducta desviada mediante el control social. En este caso el control social penal tipifica o describe como delitos aquellas conductas que vulneran flagrantemente los valores considerados como de suprema importancia para mantener el orden social y la convivencia pacífica. En este proceso construye la categoría de delito bajo la forma de una triada: conducta típica, antijurídica y culpable, donde la culpabilidad se expresa bajo la modalidad del dolo, de la

culpa propiamente dicha y la preterintención que es una mezcla de las dos anteriores.

El delito se constituye bajo la modalidad dolosa cuando el actor o agente conoce los elementos del tipo penal, sabe sobre la ilegalidad de su comportamiento y voluntariamente decide actuar a pesar del mandato prohibitivo. Conocimiento y voluntad que en dogmática penal son los elementos constitutivos del dolo. Tal y como lo ha venido entendiendo la Corte Suprema de Justicia en los diversos fallos:

(...) la inculpabilidad de su conducta por ausencia de dolo surge de la consideración de que el error sobre uno cualquiera de los elementos del hecho punible impide al actor el adecuado y recto conocimiento de la tipicidad de la propia conducta, o lo que es igual al aspecto cognoscitivo de aquella forma de culpabilidad; y la inculpabilidad por falta de culpa emerge de que actuó con el deber ciudadano que le era exigible conforme a sus condiciones personales y a las circunstancias en que su comportamiento se desarrolló; en uno o en otro casos de conducta no es jurídicamente reprochable (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de agosto 13).

En el mismo sentido, la Corte Suprema sigue su postura en fallos posteriores refiriéndose una y otra vez al dolo como la unión de conocimiento y voluntad sin ahondar concretamente en lo que a la voluntad se refiere y al conocimiento necesario para que la conducta se convierta en delito:

La tesis que el código penal ha legalizado reza que no puede haber responsabilidad penal sin culpabilidad, esto es, sin la prueba de la existencia de una “actividad consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche en cuanto al agente actúa en forma antijurídica pudiendo y debiendo actuar diversamente” y cuando la hace dolosamente, sabiendo que con su comportamiento vulnera un derecho legítimamente protegido (...) *No basta que el sujeto activo tenga conocimiento de todas las características de su conducta en cuanto adecuado a un tipo penal determinado, sino que es necesario, además, para que de dolo pueda hablarse,*

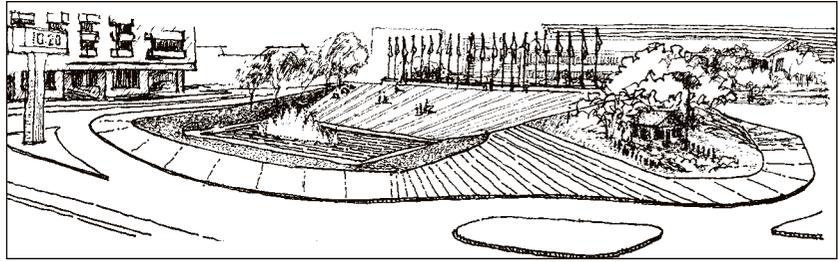
que sea consciente de que su comportamiento vulnera sin facultad legítima el interés jurídico penalmente tutelado, y por consiguiente, de que va a hacer algo indebido (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 4 de junio de 1981).

En este orden de ideas, se puede seguir citando una serie de jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia en lo que al dolo se refiere, sin que se puedan extraer de ellas una referencia clara al conocimiento que se necesita para cometer delito y menos aún a la noción de voluntad que se exige como requisito indispensable para configurar el dolo como elemento de la culpabilidad.

Así se llega al problema de la voluntad y del conocimiento como exigencias del derecho penal, a efectos de imputar responsabilidad por la comisión de conductas descritas en la norma punitiva a título de dolo. Situación que motiva a profundizar en estas acepciones, especialmente en autores como Aristóteles y Schopenhauer, pues fueron ellos quienes trataron el tema de la voluntad y el conocimiento, como requisitos para cometer injusticia en el caso de Aristóteles y, quien llevó hasta último extremo la noción de voluntad para el caso de Schopenhauer. Por estas razones y dado que los fallos de la Corte Suprema de Justicia no ilustran mucho al respecto, es pertinente adentrarse en el debate filosófico en busca de una fundamentación de la categoría dogmática del dolo, iniciando por el primero de estos autores.

Voluntad y libertad en Aristóteles

Aristóteles considera que el hombre busca la felicidad siendo este el principal motor de su conducta, por ello se adentra en el estudio de las acciones humanas orientadas a su consecución como fin autosuficiente; es decir, que no depende de otros fines. Pero la felicidad individual no es propiamente su preocupación dado que el hombre es pensado siempre en función de los otros, como ser social y político, pues la autosuficiencia es entendida por Aristóteles no como un hombre de vida solitaria, sino en relación con sus parientes y a sus conciudadanos,



Parque Panamericano (1971).

dado que por naturaleza el hombre pertenece a la polis.

Como no es suficiente saber que la felicidad es el bien supremo que alimenta las acciones de los hombres sino entender en qué consiste, el autor pone de presente que ello es posible si se pudiese captar el acto del hombre, analizar su comportamiento. Tarea que empieza al descubrir lo que le es propio a este; es decir, pensar. Así, Aristóteles prosigue afirmando que el acto propio del hombre es una cierta vida consistente en la actividad y obras del alma en consorcio con la razón.

Y si la felicidad es hacer lo propio (*ergón*) de cada hombre –pensar–, de la mejor manera, conforme a su perfección, *de todo esto se sigue que el bien humano resulta ser una actividad del alma, según su perfección; y si hay varias perfecciones, según la mejor y más perfecta, y todo esto, además, en una vida completa* (Aristóteles, 2000, p. 9). Es esta actividad del alma, conforme a la razón, a lo que llama *virtud*, luego la felicidad viene a consistir en una especie de obrar conforme a la virtud perfecta en el marco de una vida plena, en otras palabras, la felicidad es también una virtud. De esta manera, la felicidad es enteramente comunicable y asequible mediante el estudio y práctica de actos virtuosos. De ahí que la política ponga especial empeño en hacer de los ciudadanos hombres de bien y practicantes de buenas costumbres. Luego, un *verdadero hombre de Estado*, entre otras cosas, ha de ocuparse primeramente de la virtud, a fin de hacer de sus conciudadanos hombres buenos, felices y respetuosos de la ley.

Para Aristóteles las virtudes pueden ser morales e intelectuales. De acuerdo con este planteamiento es propósito de este texto

el esclarecimiento acerca de lo que se debe entender por acto moral a efectos de escudriñar el conocimiento y la voluntad como elementos de la responsabilidad por el actuar. Es preciso, entonces, centrarse en las primeras, dado que ellas pueden ser aprendidas, cultivadas y exigidas por el hombre, para determinar cuáles son las condiciones para que un acto pueda llamarse moral, al decir de Aristóteles.

Es, pues, la virtud moral capaz de ser transmitida o enseñada en tanto que existe en el hombre capacidad natural para recibirla y costumbres para perfeccionarla a través de la reiteración de actos semejantes.

(...) y de igual manera nos hacemos justos practicando actos de justicia, y temperantes haciendo actos de templanza, y valientes ejercitando actos de valentía. En testimonio de lo cual está lo que pasa en las ciudades, en las cuales los legisladores hacen contraer hábitos a los ciudadanos para hacerlos buenos, y en esto consiste la intención de todo legislador (Aristóteles, 2000, p. 18).

Las virtudes se adquieren en el ejercicio constante y en las prácticas sociales, de la misma manera que se aprende un arte y se perfecciona, pues es el trabajo y la perseverancia las que llevan a la destreza, tanto en los oficios como en la virtud. Posición contraria a la expuesta por Platón en el famoso diálogo de Protágoras, en el que Sócrates sostenía que se era o no virtuoso por naturaleza, razón por la que se veían a hombres poco virtuosos a pesar de ser sus padres el ejemplo contrario; diálogo donde se impone el carácter transmisible de la virtud por medio de la educación a favor de Protágoras, siendo el hombre responsable de sus actos.

Ahora bien, se entiende como acto moral toda acción del alma conforme a la virtud; es decir, la manera de comportarse frente a la pasión acorde con los dictados de la recta razón (*orto logos*) en circunstancias determinadas y en consideración a la forma del actuar, pues para que un acto sea virtuoso no sólo hay que considerar la acción en sí, sino también la manera de practicarla, así como el ser consciente y querer realizar tal acción con preferencia de otras sin vacilación

alguna. Luego más que la acción se requiere de intención, pues es la conducta, nuestro comportamiento el que dice si nuestro obrar es virtuoso o no.

Por la conducta que observemos en las convenciones que tienen lugar entre los hombres, seremos justos o injustos; y por la manera como nos comportemos en los peligros, según que nos habituemos a tener miedo u osadía, seremos valientes o cobardes (Aristóteles, 2000, p. 18).

Analizando con detenimiento el acto moral, encontramos que para su existencia se requieren tres condiciones a saber: en primer lugar, que se actúe con disposición y con conciencia de dicha disposición; es decir, que la acción debe estar acompañada de la intención de realización y con pleno conocimiento de que se actúa de esta manera. En esta primera condición, aparecen dos elementos, uno de orden volitivo: la disposición, que debe entenderse como intención, como querer de realización de la acción y, otro de orden cognoscitivo: la conciencia, que hace referencia al conocimiento, al entendimiento de la acción y a las consecuencias de dicho obrar, es el saber acerca del actuar.

Un segundo aspecto es el proceder con elección y que la elección sea en consideración a los actos; esto es, cuando el sujeto-agente previo al momento de la elección se ocupa de deliberar o analizar —entre las posibles acciones y dadas las circunstancias específicas que lo rodean— cuál de ellas es la más justa o acertada; producto de dicha deliberación o juzgamiento vienen la elección, que se constituye en la materialización de la deliberación, por tanto se elige preferentemente; la acción o los medios previamente determinados como los más adecuados al fin propuesto y acorde con la naturaleza de la acción escogida (Heller, 1998, pp. 296-300).

Que la elección sea en consideración a los actos significa que el producto de la elección debe ser el resultado de la escogencia entre los posibles actos a seguir, según hubiesen sido las circunstancias concretas, pues se debe optar por un acto de preferencia a otro u otros ya que se trata aquí de lo que es de

una manera pero que bien puede ser de otra. En último término, se exige que se actúe con ánimo firme e inmovible; esto es, que exista un elevado nivel de certidumbre sobre lo que se hace, que haya plena convicción en el actuar, en última instancia este tercer paso es el resultado o consecuencia de los dos anteriores, pues si ha habido una disposición consciente o un querer informado sobre lo que se va a ejecutar, mediado por una elección preferencial, previa una deliberación razonada, es menester que se actúe con ánimo firme e inmovible.

Es preciso ahondar en las condiciones del acto moral para poder entender el sentido aristotélico y derivar de allí, las consecuencias respectivas no sin antes explicar los presupuestos de toda acción moral. Sea lo primero afirmar que Aristóteles parte de una concepción del hombre como ser capaz de raciocinio, capaz de deliberar y elegir entre varias opciones, capaz de interponer su voluntad como algo que le es propio, por encima de las pasiones que son externas, esto es, capaz de dominarlas o, por lo menos, enfrentarlas de manera victoriosa. Todo esto dentro del orden de las cosas que dependen de nosotros, en otras palabras, de las cosas que son pero que pueden ser de otra manera, es decir, del mundo de las cosas éticas. Sin embargo, Aristóteles cree en la existencia de un orden cósmico, natural que posibilita, ya sea a manera de potencias o disposiciones, tendencias que inclinan hacia el cumplimiento de la función que le es propia a todos los seres.

El desarrollo de dichas potencialidades o disposiciones viene dado en el ser y es menester que este lo ejecute, luego todo en la *Physis* está de alguna manera *semideterminado*, dado que naturalmente las cosas tienden a cumplir la función que les es propia. No obstante, el hombre goza de una capacidad de elección en términos de libertad para determinar sobre lo moral, esto es, sobre lo que es pero puede ser de otra manera. Prosigamos en las condiciones del acto moral, en especial a la voluntad como presupuesto de libertad. Al respecto, During (2000) afirma:

Es un sencillo hecho de la experiencia que en el dominio de lo viviente todo se desarrolla en dirección hacia una forma perfecta, siempre y cuando estén a la mano las condiciones necesarias para ello. El primer presupuesto es una buena disposición dada por la naturaleza, la physike aretè o perfección natural; el segundo es el cuidado diligente de esa aptitud. Por ejemplo, así como una planta, cuidada y cultivada por el jardinero, se desarrolla hacia una mejor perfección, así también eso vale para el hombre. Algunos hombres son mejores que otros, porque desde su nacimiento tienen la aptitud para el cultivo de ciertas habilidades en mayor medida que otros, y mediante atención cuidadosa de esas aptitudes pueden alcanzar un máximo de perfección (p. 713).

La voluntad como disposición para obrar es requisito fundamental en la existencia del acto moral, pues de ella deviene el juicio de responsabilidad, dado que si cada uno es responsable en algún modo de su disposición moral, también lo será en cierta medida de sus fantasías. Si así no fuese, nadie sería responsable de su mala conducta. Las virtudes son voluntarias, puesto que compartimos la responsabilidad por nuestros hábitos y comportamientos frecuentes que dan cuenta de nuestra vida, pero así como la virtud es voluntaria también lo son nuestros vicios, pues en nosotros está el obrar bien o el obrar mal.

(...) ¿pone la perfección ética el fin último o los medios para el fin? Yo afirmo que pone el fin último, pues este no se obtiene mediante conclusión o reflexión, logos. Al contrario, hay que admitir que el fin es el punto de partida, arché. (...) En el proceso del pensamiento, cuando tenemos que tomar una decisión, el fin último es nuestro punto de partida, por ejemplo, la salud o el bien; para el obrar, empero, la posición de partida es el término del proceso del pensamiento, es decir, la elección hecha. Por tanto, no es posible atribuir la rectitud del fin último al proceso del pensamiento en la decisión, porque la decisión se dirige solamente a los medios para alcanzar el fin. Tomar la decisión es asunto de otra facultad del alma, a saber, de la voluntad. (...) De la decisión

el hombre mismo es responsable; tanto la maldad como la virtud son, en consecuencia, algo determinado por la voluntad (Daring, 2000, p. 715).

Tal es la importancia de la voluntad en la actividad moral que Aristóteles (2000) no vacila al relacionarla directamente con la responsabilidad. En primer lugar al referirse a la distinción entre acto voluntario e involuntario dice: *Es necesario distinguir lo voluntario de lo involuntario, toda vez que nuestro examen tiene por materia la virtud. Distinción, por lo demás, que no dejará de ser igualmente útil a los legisladores para tasar las recompensas y los castigos* (p. 28). En igual sentido, al tratar sobre el desenfreno se afirma que es más voluntario que la cobardía toda vez que es motivado por el placer y los actos particulares del desenfrenado son por él deseados y apetecidos, siendo este más digno de represión que el cobarde, quien es presa del miedo.

Pero qué se debe entender por voluntario es una cuestión que hay que definir, pues se muestra como aquello cuyo principio o causa está en el agente que conoce las circunstancias particulares de la acción. *Si no podemos referir nuestros actos a otros principios fuera de los que tienen su asiento en nosotros, habrá que radicar en nosotros y tener por voluntarios los actos cuyos principios están en nosotros* (Aristóteles, 2000, p. 34). Se tiene por objeto de la voluntad el *fin*, lo que se persigue, la meta, mientras que los medios son objeto de la elección y deliberación. De allí, deduce Aristóteles, el carácter voluntario de los actos que conforme a la elección disponen de medios para alcanzar el fin y, versando la virtud sobre los medios, es esta eminentemente voluntaria como lo es el vicio. Está, pues, en nuestras manos el ejecutar actos virtuosos o perversos, el obrar conforme a lo bueno o a lo vergonzoso. He ahí la capacidad de bien y de mal en Aristóteles.

De allí que Aristóteles conciba una relación directa entre voluntad y conocimiento. Sin conocimiento no puede haber voluntad, pues *si obrar injustamente es simplemente dañar a alguien voluntariamente y voluntariamente significa que se conoce a quién se va a da-*

ñar y con qué y cómo (...) y contra la voluntad de la otra parte (p. 69), es claro que voluntario es lo que se conoce y encuentra en uno su causa u origen. Así, para nuestro autor, cuando con violación de la ley alguien causa un daño a otro y lo hace voluntariamente, es reo de injusticia, entendiéndose que el agente voluntario es el que sabe a quién, qué y con qué daña. Es voluntario, entonces, lo que alguien hace entre las cosas que dependen de él, con conciencia y sin ignorar a quién, ni con qué, ni por qué, ni cómo.

Dentro de los actos voluntarios existe una clasificación a saber: a) los que son producto de la elección y, b) los que no son por elección. Los primeros hacen referencia a una deliberación (*búlesis*) previa; es decir, a los actos que siendo voluntarios han sido objeto de consideración y raciocinio o juzgamiento previo a la elección o escogencia (Heller, 1998). Debe advertirse que el carácter voluntario o involuntario de la acción y del fin de esta, es el que se tiene o se tuvo en el momento de ella (al momento de obrar, no después). El error, la fuerza y la ignorancia, en todo caso excluyen lo voluntario. La clasificación anterior respecto de los actos voluntarios obedece al grado de reproche o responsabilidad del agente, pues se pueden cometer actos injustos de manera voluntaria sin ser uno injusto, como cuando voluntariamente y sin deliberación se daña a alguien, como también se puede dañar a alguien de manera voluntaria y deliberada siendo, por tanto, más responsable y digno de mayor reproche que en el primer caso.

Al decir del autor, hay tres especies de daños en las relaciones sociales: a) cuando se obra por ignorancia, esta especie de daño se subdivide en dos: primero, cuando el daño se produce contrariamente a una razonable previsión, dando lugar a lo que él llama desgracia; segundo, cuando el daño se produce no contrariamente a una razonable previsión pero sin maldad, hay entonces un error culpable. Atendiendo a la razonable previsión, Aristóteles deduce que *hay error culpable cuando el principio de la ignorancia está en el agente; hay desgracia cuando está fuera de él* (p. 68). b) cuando se obra conscientemente pero sin previa deliberación, como cuando se

obra por cólera o por cualquier otra pasión, sin premeditación cometiendo actos injustos, pero quienes así obran no son ni injustos ni malvados porque el daño causado no proviene de maldad. c) en tercer lugar está el daño causado por acto voluntario en presencia de elección deliberada. En este caso se está ante un acto injusto y malvado susceptible del mayor reproche y de la mayor exigencia de responsabilidad.

Los actos involuntarios son los ejecutados por fuerza o por ignorancia. La fuerza, como elemento externo al agente que actúa, deviene en principio extrínseco y, por tanto, involuntario puesto que la causa de la acción no está en quien obra. Respecto a la ignorancia, los actos mediados por ella pueden ser no-voluntarios siempre que el agente no experimente pena ni arrepentimiento, involuntarios cuando la experimenten. En lo que se refiere a la fuerza, dado que es considerada como un factor exógeno para efectos de clasificar los actos en involuntarios, es menester preguntarse ¿De dónde debe provenir la fuerza para que el acto devenga involuntario? De la naturaleza, como el viento, el agua o cualquier fenómeno capaz de inhabilitarnos o menguar nuestra voluntad al punto de convertirnos en medios, también de los hombres.

Pero si la fuerza no es del temple o tenacidad suficiente como para nublar la razón o por lo menos se hace resistible, nos encontramos en presencia de un acto mixto, mixtura que aparece por cuanto existe un agente o principio exterior que nos empuja hacia una acción no querida ni deseada por nosotros pero elegida con preferencia a otra posibilidad. De allí que Aristóteles asemeje estos actos a los voluntarios, pues la determinación concreta de la acción es voluntaria y sólo hay acciones concretas. Respecto de la cantidad de fuerza o contundencia de ella o de la amenaza para que el acto pueda ser tenido como involuntario, es asunto de cada caso en concreto, son las circunstancias particulares del acto las que determinan si es moral o no el acto. Luego habrá que vérselas con cada sujeto y con las circunstancias que rodeen la acción para efectos de atribuir o no responsabilidad.



Terminal de transportes (1974).

Sin embargo, dado que el acto moral se compone de una serie de elementos tales como los medios, las circunstancias, la deliberación, la elección, el fin, entre otras, cabe preguntarse ¿Sobre qué aspectos concretos del acto moral debe recaer la ignorancia para desvirtuar la voluntariedad del obrar?, pero es preciso discernir antes las diferencias existentes entre obrar por ignorancia y obrar en estado de ignorancia. El que obra por ignorancia actúa sobre lo que no sabe, tiene un desconocimiento del actuar y de las consecuencias, es ausencia de conocimiento al respecto. En estado de ignorancia, hace referencia a ciertas situaciones o estados particulares de la mente o de la conciencia en tanto que privan al sujeto de ella o le impiden deliberar sobre la acción y sus circunstancias particulares.

En este orden de ideas, es menester recalcar que no es la ignorancia en lo universal la que desvirtúa la voluntariedad ni la ignorancia en la elección, puesto que para el autor, el desconocimiento de lo que le conviene o no hacer a un hombre en particular no alcanza el grado de involuntario. Luego, la ignorancia capaz de trascender el nivel de lo voluntario es aquella que recae sobre las condiciones particulares de la acción. Aristóteles afirma que quien ignora cualquiera de estas circunstancias *parece obrar involuntariamente*, el parece no es una afirmación asertiva, ello se demuestra cuando jerarquiza las circunstancias dando el carácter de principales a la naturaleza de la acción y su fin, *parece obrar involuntariamente quien ignora alguna de ellas, sobre todo de las principales, pudiéndose decir que principales son la naturaleza de la acción y su fin* (p. 30).

Así pues, es necesario analizar lo referente a la deliberación que viene a constituirse en elemento fundamental del presupuesto acerca de la racionalidad del hombre, y luego pasar a la elección que es el punto de convergencia entre la voluntad y la racionalidad. La elección preferencial (*proairesis*) constituye el principio de autodeterminación del ser en el aspecto moral; esto es, en el mundo de las cosas que dependen de nosotros. Deliberación es investigación, análisis, estudio y es propio el deliberar de quienes poseen el dominio de la razón, delibera *el que es dueño de su razón*. La elección y la deliberación recaen sobre el mismo objeto: los medios, pues no se delibera acerca de los fines sino de los medios. La deliberación va encaminada a establecer el mejor medio para alcanzar el fin, el procedimiento a seguir y la manera de usarlo. Deliberamos sobre las cosas que dependen de nosotros y es posible hacer. Cada hombre en particular delibera sobre las cosas que puede hacer por sí mismo.

El proceso psicológico es doble: (a) la elección del fin es un acto de la razón, dirigido por la voluntad. (b) el conocimiento del fin, es decir, del bien y por qué algo es un bien, presupone meditación y reflexión. Esto pertenece al dominio de la razón práctica. La razón práctica y la orexis no se distinguen por su objeto, sino porque son

diversas funciones del alma. Así pues, la estructura de la acción ética es la siguiente: la razón intuitiva, que nos sirve en la vida práctica, ve que algo aparece como bien. Luego entra en función el apetito y transforma el juicio: 'esto es un bien' en un deseo y el conocimiento del bien en una tendencia a él como al fin. La razón ordena y cuando se presta atención a esta orden, la voluntad toma la decisión: 'establezco esto como mi fin'. El próximo paso es atinar con los medios para alcanzar el fin. Nuevamente entra en actividad la razón práctica; lo que importa ahora es desplegar un sentimiento de tacto moral. Aunque exista un motivo para obrar, se tiene que asegurar mediante la ponderación de las circunstancias existentes, que la acción es realizada en el debido tiempo, frente a los hombres y situaciones correctas, por el debido fin y de la manera correcta (During, 2000, pp. 716-717).

En el mismo sentido, Heller (1998) describe los pasos del acto moral de la siguiente manera:

"En efecto, el análisis es retrospectivo. Primero busca la causa inmediata que ha provocado el acto; y la encuentra en la decisión. Pasa luego a buscar las raíces de esta última y las localiza en la deliberación. Por último, encuentra la base de la deliberación en la voluntad. La primera etapa en el tiempo vuélvese la última en el análisis. Partir del resultado y remontarse a las causas constituye un método mucho más posible en una objetivación concreta que en una objetivación con contenido moral, inconcreta además. La decisión es siempre, para Aristóteles, expresión cabal de la autonomía. Sin embargo, la autonomía constituye un concepto más amplio que la decisión. (...) la elección no es ni deseo, ni impulso, ni siquiera voluntad (puesto que no tiende al objetivo final). La decisión no es ni siquiera opinión, puesto que con elegir lo que es bueno o malo, en cuanto a una cosa, no opinamos, en cambio, qué es. La decisión es un acto electivo encaminado a la acción y precedido por la deliberación (p. 297).

La deliberación busca la manera de acceder a un fin determinado, estudia los medios posibles, los compara, evalúa, juzga sobre su pertinencia e idoneidad y se inclina por el que considera más apropiado al fin, luego lo presenta como candidato a elección. Si se está en presencia de una gran gama de medios susceptibles de hacer posible la obtención del fin, se opta entonces por el más fácil y eficiente. Si sólo se dispone de un medio, habrá que analizar los procedimientos más adecuados para acceder al fin a través de este. Toda deliberación es una investigación. El objeto de la deliberación y el de la elección es el mismo, es decir, los medios, sólo que la elección parte ya de un objeto determinado, la elección siempre presupone al objeto, puesto que lo juzgado por la deliberación es lo que se elige. En otras palabras, la deliberación da cuenta de cual de los muchos medios es el más adecuado a los fines dados, el más fácil y el mejor, si hubiese varios los presenta a la elección para determinar el medio a seguir. Aristóteles identifica la elección como un sistema de aprobación de la deliberación.

En síntesis, una deliberación adecuada a un acto moral, conforme con la prudencia, es decir, una buena deliberación (*euboulia*) debe versar sobre cuatro aspectos fundamentales a saber: a) rectitud del fin, esto es tener claro lo que se quiere y saber que lo deseado es bueno para el agente que actúa y para la polis; b) rectitud en los medios, hace referencia a la selección correcta del mejor de los instrumentos para lograr el fin perseguido; c) rectitud en el tiempo, esto significa que la deliberación necesariamente debe tener un plazo, un término dado, pues se requiere actuar pronta y oportunamente y no deliberar eternamente, dado que poco sirve una correcta deliberación cuando ya no hay nada que hacer; el tiempo de la deliberación está sujeto a la necesidad y oportunidad del obrar, a las circunstancias precisas del acto porque lo que se requiere es pensar para actuar; d) rectitud en el fin último, es decir, deliberar de manera que la acción tienda a materializar o realizar la felicidad del hombre, puesto que todo tiende hacia la *eudaimonia*. Deliberar es juzgar, es adelantar un juicio, un proceso investigativo que culmina en la elección que

es ya la acción. Parafraseando, podría decirse que ante un tribunal, el proceso, el juicio llevado a cabo donde se aportan pruebas y se escucha a las partes es la deliberación, la sentencia o veredicto es la elección. De una correcta deliberación depende una buena elección así como una justa sentencia o veredicto depende de una adecuada y correcta investigación.

Como queda visto, se trata de un proceso de disección del acto moral realizado por Aristóteles, donde se separan los diferentes pasos a saber: la deliberación como aspecto analítico-comparativo y la elección como aspecto decisorio. En otras palabras, la deliberación se encarga de buscar los medios, sopesarlos, mostrar sus ventajas y desventajas inclinándose por uno en particular, a la elección le compete decidirse y orientarse por lo juzgado en la deliberación.

La elección, que viene después de la deliberación, es producto de la voluntad y la razón, es función de la parte gubernativa del alma, siendo una mixtura de voluntad y razón deviene en algo nuevo que fundamenta la autodeterminación. *La elección es manifiestamente voluntaria pero no se identifica con lo voluntario, que tiene mayor extensión (...) la elección, en primer lugar, no nos es común con los seres irracionales (...) la elección, en efecto, va acompañada de razón y comparación reflexiva; y la palabra misma parece sugerir que la elección es tal porque en ella escogemos una cosa de preferencia a otras* (Aristóteles, 2000, p. 31).

La elección también recae sobre las cosas que dependen de nosotros, sobre lo posible, es la que permite discriminar o clasificar el carácter, siendo lo propio de la virtud por ser el resultado de la razón y la voluntad actuando en armonía. De ahí que la elección sea la responsable de escoger entre el bien y el mal y por ello se nos debe responsabilizar puesto que pudiendo optar por el uno lo hacemos por el otro atendiendo a criterios diversos.

Aristóteles es reiterativo al afirmar que de nosotros depende el ser hombres buenos o malos, puesto que somos seres dotados de razón permitiéndonos deliberar y, de voluntad que nos posibilita el querer o no

algo y, más aún, podemos hacer uso de estas dos facultades en el momento de la elección optando por el bien o por el mal. El autor considerara un alto grado de autodeterminación en el hombre, que le hace capaz de escoger (elegir) de manera deliberada (razón) y por voluntad propia entre actuar de determinada manera o abstenerse de hacerlo, autodeterminación que, necesariamente, implica responsabilidad.

Así, pues, Aristóteles deriva de la voluntad y la racionalidad del hombre una capacidad de autodeterminación moral que le hace responsable de sus actos. Pero ¿se puede hablar de la voluntad como una primera forma de libertad? ¿Es efectivamente la voluntad libre? ¿En qué consiste la libertad de la voluntad? Son preguntas que en Aristóteles no están resueltas y que nos llevan a Schopenhauer.

Voluntad y libertad en Schopenhauer

Para Schopenhauer (1970) la libertad no es un problema resuelto y ello conlleva a que en su obra: *Los dos problemas fundamentales de la ética*, formule el debate entre la libertad de la voluntad y la sujeción del universo al principio de razón suficiente o principio de causalidad. Define, entonces, la libertad como antónimo de necesidad, entendiéndolo por esta, la obligatoriedad *ad infinito* de una cosa o estado de obedecer a otra cosa o estado, esto es, que nada ocurre en el universo sin que antes haya habido algo que sirviera de causa u origen para que el fenómeno en estudio hubiese tenido ocurrencia. Así, si una hoja que pendía de un árbol ha caído al suelo, esto se debe a una fuerza (aire, mano del hombre o acción física) que actuó sobre ella para tirarla.

(...) la forma más general y la más esencial de este entendimiento es el principio de causalidad, pues incluso gracias únicamente a este principio, siempre presente en nuestro espíritu, puede ofrecerse a nuestros ojos el espectáculo del mundo real como un conjunto armonioso, porque nos hace concebir inmediatamente, como efectos, las afecciones y las modificaciones ocurridas en los órganos de nuestros sentidos (...) el principio de

causalidad está establecido sólidamente a priori, como la regla general a la que están sometidos, sin excepción, todos los objetos del mundo exterior. El carácter absoluto de este principio es una consecuencia misma de su prioridad. Se refiere esencial y exclusivamente, a las modificaciones fenoménicas; y dice que, cuando, donde sea y en cualquier momento, en el mundo objetivo, real y material, una cosa cualquiera, grande o pequeña, experimenta una modificación, el principio de causalidad nos da a entender que inmediatamente antes de este fenómeno, otro objeto ha debido experimentar otra modificación; lo mismo que, para que este objeto pudiera modificarse, otro objeto debió hacerlo anteriormente; y así, hasta el infinito (Schopenhauer, pp. 109-110).

Por aquella, es decir la libertad, una manifestación (si es que se puede denominar así) originaria, un principio o causa incausada, lo que no depende de otra cosa, aquello que está más allá del principio de causalidad, lo que se sustrae a todo antecedente.

En este sentido, y entendida la libertad como ausencia de causa o condicionante, Schopenhauer niega la libertad de la voluntad atendiendo a las normas del entendimiento, pues la autoconciencia da cuenta de nuestras acciones una vez estas han ocurrido, luego accedemos a su conocimiento de manera tardía o *ex post facto*, en otras palabras, una vez realizado el acto. De aquí que la autoconciencia no pueda comprender el problema de la libertad de la voluntad, dado que ella, la libertad, sólo puede ser conocida de antemano, o sea antes de la acción y no después de esta. Si intentásemos abordar el problema desde una posición apriorística, es decir, *ex ante*, nos veríamos en la penosa situación de no poder resolver la cuestión dado que sólo sabremos si existe o no libertad de acción es al momento de su producción, antes de ella solo hay una simple especulación expresada de la manera *puedo hacer lo que quiero y lo que quiero lo puedo*, especulación que podría llevarnos al absurdo ilusorio de afirmar que se está en libertad de realizar dos acciones contradictorias entre sí al mismo tiempo. En consecuencia, la autoconciencia no es el tribunal más indicado para absolver nuestras

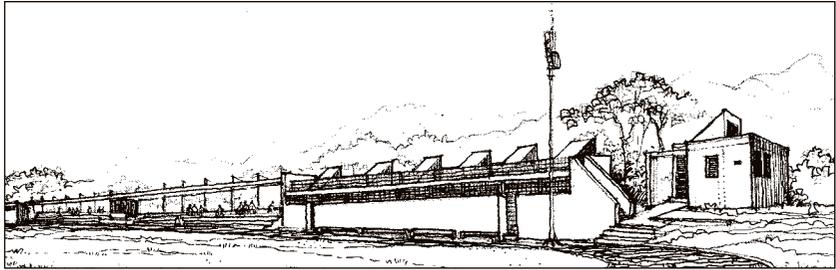
inquietudes al respecto, de allí que tengamos la necesidad de acudir al entendimiento y este nos ubica en una de sus directrices: el principio de causalidad o de razón suficiente, el cual estaría abiertamente en contradicción con una supuesta causa incausada o motor primero, cosa que desvirtúa la existencia de la libertad o *liberum arbitrium differentiae*.

Hasta aquí, Schopenhauer es coherente en su argumentación, pues si aceptamos la universalidad del principio de razón suficiente, y congruentes con dicho principio, no admitimos excepción alguna, la acción humana no puede ser libre, conclusión que se deduciría, necesariamente, de una especie de silogismo a saber:

- El universo se rige por el principio de causalidad.
- El hombre y la voluntad hacen parte del universo.
- Luego el hombre y la voluntad están regidos por el principio de causalidad.

Sin embargo, Schopenhauer va más allá y ve la necesidad de profundizar acerca de la voluntad misma, de su estructura y determinación a efectos de salvar la libertad. Ve en ella una fuerza que reacciona o se excita ante ciertos estímulos, pero no lo hace de la misma manera en cada individuo frente a las mismas circunstancias. A esta peculiaridad de la voluntad de reaccionar distintamente en igualdad de circunstancias tratándose de individuos determinados la llama Carácter. De aquí se desprende que el hombre es sujeto volitivo, esto es, poseedor de voluntad, pero la voluntad obra de manera distinta en cada persona dado que el carácter le imprime una impronta o identidad a la voluntad individual, le da un sello característico que lo diferencia de otros.

Lo que es verdad en las causas, en el sentido más estricto de la palabra, y en las excitaciones, lo es también en los motivos; ya que la motivación no es distinta, en lo esencial, de la causalidad, sino solamente un aspecto de la misma, a saber, la causación que opera por mediación del entendimiento. También aquí la causa no hace sino provocar la manifestación de una fuerza irreductible a fuerzas más simples que hay que admitir como un



Graderías Universidad de San Buenaventura (2001).

hecho primero e inexplicable, la cual, llevando el nombre de voluntad, se distingue de las demás fuerzas de la naturaleza en que la conocemos, no solo desde el exterior, sino que, gracias a la conciencia, la conocemos también desde el interior e inmediatamente.

Únicamente bajo el supuesto de que exista tal voluntad y de que, en cada caso particular, sea de una constitución determinada, actúan las causas dirigidas hacia ella, llamadas aquí motivos. Esta constitución especial e individualmente determinada de la voluntad, gracias a la cual su reacción sobre los mismos motivos es distinta en cada hombre, constituye lo que se llama el carácter de cada uno y, a decir verdad, carácter empírico, porque no es conocido a priori, sino solo a través de la experiencia (Schopenhauer, p. 138).

Es, pues, la voluntad una fuerza interior que en el hombre experimenta diferenciación dependiendo de cada individuo, voluntad moldeada o preformada por el carácter. Así, se desplaza el problema de la libertad como ausencia de condicionante de la voluntad al análisis de la voluntad misma. Dado que no se puede desconocer la universalidad del principio de razón suficiente, regla inescindible de las estructuras del entendimiento.

La voluntad como cualquier otra fuerza de la naturaleza no se sustrae a la determinación, pero reacciona de manera diferente ante la presencia de un estímulo y esto gracias al carácter.

El hombre, por el contrario, gracias a su capacidad de formar representaciones no sensibles, por medio de las cuales piensa y reflexiona, domina un horizonte infinitamente más extenso, que abarca lo ausente, lo pasado y lo futuro: ofrece, por así decirlo, una superficie mucho más grande a la acción

de los motivos exteriores y puede, por consiguiente, ejercer su elección entre un número mucho más considerable de objetos que el animal (Schopenhauer, p. 1.209).

Existen condicionamientos externos que actúan sobre él (carácter) y lo llevan a reaccionar de una u otra forma, pero no son sólo este tipo de influjos, pues también los hay de carácter interno, como los motivos que llevan junto con lo externo a excitar el carácter y a producir la acción o comportamiento voluntario. Entendiendo por voluntario no lo que es libre de condicionantes sino lo producido por la fuerza preformada de la voluntad (carácter) ante una circunstancia exterior mediada por un motivo.

Ante la incidencia obligada de las condiciones o circunstancias exteriores en el comportamiento humano, producto del principio de causalidad mecánico, no queda otra cosa que estudiar el condicionante interno de la voluntad, esto es, el motivo, para analizar en qué medida podemos participar de él, y ganar espacio en un mundo de antemano determinado por las fuerzas de la naturaleza.

El motivo, puede tener su origen en elementos externos e internos ya sean estos, cosas físicas o ideales, fantasías, imágenes o cualquier otro tipo de representaciones que, en un comienzo, fueron tomadas del mundo exterior. Igualmente, el tiempo del motivo debe ser anterior o, por lo menos, concomitante a la acción, pues de no ser así, no se explicaría cómo lograría ser causa de ella.

La naturaleza del motivo es de carácter inmaterial, pero una cosa es el motivo en sí y otra el objeto de este, no podemos confundir el objeto del deseo con el deseo mismo. Esta naturaleza es la que le da capacidad al entendimiento para aprehenderlo, moldearlo, sopesarlo y presentarlo ante la voluntad con el propósito de excitarla a actuar.

El pensamiento deviene motivo, como la percepción deviene motivo, tan pronto como puede ejercer su acción sobre una voluntad humana. Pero todos los motivos son causas y toda causalidad entraña necesidad. (...) El hombre es capaz de deliberación y, en virtud de esta facultad, tiene, entre diversos actos

posibles, una elección mucho más amplia que el animal. Hay ya para él una libertad relativa (Schopenhauer, p. 121).

Es en este proceso del entendimiento donde la educación logra acceder a la voluntad y ganar un nivel de libertad. No olvidemos que existe un determinismo dado por las circunstancias externas, y que sobre estas, al momento de actuar, no tenemos ninguna incidencia. Luego es sólo en el campo del entendimiento, donde el hombre que se conoce a sí mismo, y valiéndose de dicho conocimiento, logra preordenar contramotivos suficientemente fuertes como para orientar su voluntad en determinado sentido, a partir de la educación o formación, adquiriendo un nivel de libertad o libertad relativa, gracias a la conquista de parte de su carácter. Esto es, la conquista o dominio de los motivos como agentes de la acción preordenados por el entendimiento.

La libertad humana es relativa, comprende la capacidad de obrar en determinadas circunstancias conforme a los contramotivos y al conocimiento de sí mismo. Se mueve en un espectro que se amplía o disminuye conforme al saber que se tenga de las pulsiones o excitaciones biológicas, así como de la capacidad de manejarlas e imponer ante los impulsos precursores de la voluntad, razones de mayor peso y fuerza para controlarlas reorientándola para que actúe de determinada forma. De ahí, que en el postulado Schopenhaueriano aparezca la educación como parte del entendimiento capaz de presentar motivos ante la voluntad para ganar su inclinación en un sentido determinado. Entre más me conozco y puedo preordenar mi entendimiento hacia ciertos comportamientos, soy más libre.

De la misma manera, entre más impedimentos culturales o normativos imponga a mi voluntad, a partir de la educación e internalización de valores y creencias, con plena conciencia de ellos, más dueño soy de mis actos. Pues una cosa es la propiedad del obrar o la asunción del comportamiento como propio y otro muy distinto es la libertad negativa o *liberum arbitrium differentiae*. Schopenhauer introduce aquí un nuevo concepto de libertad, esta, no tiene que ver

con la ausencia de obstáculos para obrar sino con el conocimiento pleno de que obro condicionadamente, y que parte de esos condicionamientos son aportados o presentados a la voluntad por mi propio entendimiento, como contramotivos para superar situaciones externas y biológicas o tendencias particulares. Así, la libertad no radica en el acto mismo, es decir en la acción sino en el ser, que es dueño de su propia acción, situación que es conocida gracias al sentimiento que se tiene o se percibe por parte nuestra de ser los autores del acto sin necesidad de referirnos a los condicionamientos de la acción.

La pregunta por la libertad de la acción tiene respuesta negativa dado que ella obedece y tiene como causa al motivo (elemento condicionante interno) y a las circunstancias físicas (condicionante externo). Pero atribuir la libertad al ser y despojar a la acción de ella, ¿acaso no nos remite al mismo problema? ¿Es libre el ser? Éste también obedece al principio de razón suficiente o de causalidad, el entendimiento nos lo recuerda, no podemos escapar a dicho principio. Entonces, ¿en qué medida Schopenhauer contribuye al esclarecimiento del problema de la libertad? En el sentido que no hay libertad absoluta, que somos dueños de nuestros actos pero eso no nos da la capacidad para cambiarlos, sólo una adecuada comprensión de nuestros limitantes y una correcta motivación pueden, aunque no siempre, lograr que una persona actúe de forma distinta ante una situación especial gracias a la capacidad de persuasión que tiene el entendimiento para excitar la voluntad con contramotivos.

Cabe la pregunta ¿Cuál factor es más importante a la hora de actuar, el motivo o las circunstancias externas? De la respuesta que demos a esta pregunta depende el nivel de libertad, pues si optamos por el primer factor, esto es, los motivos, encontraremos un margen de libertad elevado siempre que se posea un conocimiento del hombre en particular y una capacidad de auto-motivación suficiente para contrarrestar los impulsos biológicos y las apetencias internas que pueden actuar y de hecho lo hacen como motores de la acción. Si seguimos el segundo factor, es decir,

las circunstancias externas, nuestro nivel de libertad mengua, pues no podemos intervenir de la misma manera en la naturaleza que en nuestras creencias.

Es comprensible la imputación que hacemos de nuestros actos si nos atenemos al sentimiento de propiedad que experimentamos sobre ellos, pero ¿Cómo atribuir responsabilidad alguna a un hombre por sus actos si ellos no dependen de él sino de circunstancias externas sobre las cuales éste nada puede hacer? Schopenhauer parte de la consideración que el motivo es el factor determinante en la acción, luego es susceptible de obtener un comportamiento diferente frente a circunstancias iguales siempre que se logre un dominio del carácter, bajo el adiestramiento metódico de la voluntad, a partir de la educación y la imposición de contramotivos.

El carácter es invariable, los motivos actúan con necesidad: pero han de pasar por el entendimiento, que es el médium de los motivos. Pero este (el entendimiento) es capaz, en grado infinito, de la ampliación más diversa, de la incesante corrección: en ese sentido trabaja toda educación. La cultura de la inteligencia, mediante conocimientos y opiniones de todo tipo, es moralmente importante, porque abre a la coacción motivos para los que el hombre permanecería cerrado sin ella. Mientras no podía comprenderlos, no existían para su voluntad. Por eso, bajo las mismas circunstancias exteriores, la posición de un hombre puede ser la segunda vez muy diferente, en la acción, a la primera, si en el entretanto se ha hecho capaz de comprender justa y perfectamente aquellas circunstancias, por cuanto ahora actúan sobre él motivos para los que antes era inaccesible (Schopenhauer, p. 144).

Por ello, él respondería que sí es dable reprochar el comportamiento y exigir conductas adecuadas en la medida en que el hombre pudo motivarse por razones nobles o plausibles o incluso por la ley y, a pesar de ello, no lo hizo. Luego, la responsabilidad y la imputabilidad tienen asidero en la posibilidad de motivación que posea el ser, de

allí que la libertad radique no en la acción misma sino en el ser, ser capaz de volición y motivación, no obstante la determinación exterior

(...) porque las leyes parten del supuesto justo de que la voluntad es moralmente libre, en cuyo caso no se puede dirigir, sino que está sometida a la necesidad por los motivos. Por eso, a todos los posibles motivos que llevan al crimen, los legisladores oponen motivos contrarios más fuertes, en los castigos con que amenazan, y un código penal no es otra cosa que un índice de motivos contrarios a las acciones criminales (Schopenhauer, p. 209).

Que la libertad radique en el ser significa, entonces, para Schopenhauer que ese ser debe tomarse de manera plena, esto es, que debe juzgarse en su totalidad y no en la particularidad de la acción, pues la libertad deviene de su capacidad de motivación y esta, a su vez, de su nivel de instrucción siempre que pueda estar en condiciones de presentar ante el tribunal de la voluntad consideraciones de peso suficiente como para descartar el motivo o el impulso que conduce al acto no aprobado. De allí que afirme que de nada sirven los discursos y sermones morales si no tienen el talante suficiente para llamar la atención de la voluntad y producir el acto.

Luego la libertad se da en la medida en que se logra un conocimiento de sí mismo, lo que equivale a un carácter conquistado, en el sentido de aprendido, cosa que me permite saber cómo y ante qué circunstancias reacciono de esta o aquella manera, situación que ya, de por sí, es un avance, y cuando apropiado el conocimiento que de mí tengo me esfuerzo en educarme y formar una serie de contramotivos tendientes a desplazar los impulsos innatos de mi carácter. Esto le permite a Schopenhauer, trasladar la libertad del plano de la acción al campo del ser. En síntesis, la libertad es relativa y depende de la capacidad instructiva que posea un hombre para generar motivos más allá de sus impulsos y de las condiciones propias de su carácter.

Conclusiones

Hasta aquí se ha visto cómo la dogmática penal construye la categoría de delito, atendiendo a intereses que la sociedad prioriza en un contexto sociopolítico en épocas determinadas, a fin de proteger los bienes y valores considerados de especial trascendencia para lograr la convivencia armónica entre los miembros del colectivo social. Estos bienes y valores son transmitidos de generación en generación a través de los procesos de socialización primaria y secundaria mediante instituciones como la familia, la escuela, la iglesia, la universidad, la fábrica, entre otras, con el firme propósito de lograr que los individuos interioricen las normas de comportamiento que deben seguir y las que deben desechar o rechazar.

Los procesos de socialización no siempre operan de manera perfecta o adecuada permitiendo que parte de la colectividad asuma conductas y prácticas atentatorias de los bienes y valores protegidos por la comunidad, a este tipo de comportamientos se les denomina conductas desviadas por aislarse del patrón esperado por la sociedad, por optar por la anormalidad en lugar de la uniformidad o generalidad. Estas conductas desviadas no siempre constituyen la fuente del caos social, también dan lugar a la negociación de valores, a la imposición de nuevos bienes y a su transformación permitiendo el cambio social y, en casos extremos, a las revoluciones.

La desviación tiende a ser corregida, inicialmente, mediante la socialización, cuando esta no da resultados satisfactorios entra a operar el control social bajo sus múltiples manifestaciones: el rechazo, la ridiculización, la mofa, la amonestación, la sanción disciplinar, la expulsión de grupos, la estigmatización, entre otras, pero cuando la desviación es de aquellas que vulnera o lesiona los valores más preciados por la sociedad, interviene el derecho penal como parte del control social, encuadrando la conducta en un tipo penal y aplicando la sanción punitiva respectiva.

El derecho penal, como instrumento del control social, estructura el delito en un constructo tripartita: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, a efectos de poder atribuir res-

ponsabilidad y castigar al infractor. El delito como noción compleja requiere, entonces, de estar previamente descrito en la ley penal como conducta prohibida, lesionar o poner en peligro un valor o un bien jurídicamente relevante para la sociedad y, por último, que quien violó la norma causando daño a otro lo haya hecho con culpabilidad, esto es, para el caso que nos ocupa, con dolo.

El dolo se da, conforme al decreto 100 de 1980 (anterior código penal) y a la Ley 599 de 2000 (actual código penal) “cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización” (Artículo 22 del Código Penal, Ley 599 de 2000); es decir, cuando existe un conocimiento por parte del infractor respecto de la prohibición, de la ilicitud de su actuar y, sin embargo, quiere y realiza su comportamiento haciendo caso omiso al mandato legal. Dolo que ha sido tanto doctrinal como jurisprudencialmente contemplado como la unión de dos elementos: un aspecto cognoscitivo (el saber o conocimiento de la ilicitud de la acción) y un aspecto volitivo (querer, desear la realización).

La ley no ha especificado aún en qué consiste el conocimiento requerido para hacer responsable al infractor, qué tanto conocimiento debe tener el agente, sobre qué aspectos en concreto debe versar el conocimiento, la jurisprudencia tampoco ha logrado unanimidad al respecto, la doctrina varía de acuerdo a las corrientes o escuelas en que se matricula el autor generando un nivel de incertidumbre a la hora de resolver problemas donde se requiera demostrar o donde se ponga en duda dichos asuntos. En lo atinente a la voluntad existe, quizá, mayor incertidumbre y disparidad de criterios, luego nos vemos en la imperiosa necesidad de buscar el fundamento filosófico de estas categorías a fin de brindar luces y aclarar dudas que pongan o intenten dar fin a la polémica. Es aquí donde intervienen autores como Aristóteles y Schopenhauer.

Para la Corte Suprema de Justicia el dolo se mueve entre el conocimiento y la intención del agente a la hora de cometer el injusto, sin embargo, la misma Corte expresa

la dificultad que enfrenta el juzgador a la hora de determinar estos aspectos dado su carácter subjetivo y exhorta a los funcionarios, a derivar el componente subjetivo de los elementos objetivos, es decir, de la apreciación de los hechos y de las circunstancias objetivas ha de inferirse las condiciones subjetivas de intencionalidad y conocimiento. Si se mira a la ligera, la cosa parece clara y sin problemas, pero un análisis más detenido permite advertir la contradicción del argumento en la medida que la subjetividad se predica de circunstancias internas y psicológicas del agente que no necesariamente se pueden derivar de una observación de las circunstancias objetivas, pues de ser así, no tendría sentido realizar la división en elementos objetivos y subjetivos si de los primeros se desprendiera con claridad el conocimiento de los segundos. Veamos lo que la Corte en reiterados pronunciamientos expresa al respecto:

La doctrina y la jurisprudencia han sostenido invariablemente que la intención es un elemento eminentemente subjetivo, cuya presencia se debe deducir de los factores objetivamente ejecutados, tales como la calidad ofensiva del arma utilizada, la región anatómica interesada, el número de golpes y otros similares. Lo anterior no quiere decir que para concluir que existe una intención homicida debe concurrir todos los factores antes enumerados, es decir que se utilice un arma con capacidad ofensiva, que se afecte una región anatómica altamente vulnerable y que además el golpe se reitere de manera plural, porque cada caso debe ser objeto de análisis del juzgador (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de mayo de 1994).

En sentencias posteriores se aprecia la misma posición y se recalca la dificultad de apreciar el dolo remitiendo su prueba a las circunstancias objetivas:

Dada la inmaterialidad de los sentimientos, de los pensamientos y de todos los aspectos que conforman la subjetividad del ser, no es posible obtener pruebas directas de la intención que precede, impulsa y acompaña la realización de una conducta típicamente descrita en el estatuto penal, lo que sólo

pueda deducirse de las circunstancias en las cuales su autor la ejecuta (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 3 de junio de 1994).

Como el dolo es conocimiento y voluntad, éste no puede manifestarse sino mediante la exteriorización, el hacer o no hace del respectivo procesado. De todos modos es una conducta la que saca a flote al aspecto subjetivo de la delincuencia, tornándose superflua una repetición de todo el quehacer típico y antijurídico con miras a reiterar el dolo, el cual debe merecer examen especial en el evento de que se aduzcan algunas de las causales de inculpabilidad previstas en el artículo 40 del código penal (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 10 de agosto de 1994).

En el mismo sentido, el fallo con ponencia del Gustavo Gómez:

Un dictamen emitido con el fin de establecer si una persona estaba en capacidad de autodeterminarse o no, ofrece al juez los elementos de juicio necesarios para que él precise, con las otras pruebas del proceso, si esa persona en un caso dado, quería la realización del específico hecho punible que se le imputa. Pero ni el perito ni el juez pueden, por vías de aplicación de las ciencias de su particular dominio, fijar la magnitud de la intención porque el perito se limita a señalar que la persona goza de capacidad psíquica suficiente para actuar intencionalmente y el juez se concreta a inferir y concluir si la persona obró con intención o no (...) No existe un dolómetro que permita establecer ni el dolo no su medida, ni intenciónómetro que faculte determinar la intención y su cuantificación. Debe recordarse que una cosa es MEDIR (comparar una cantidad con su medida, con el fin de averiguar cuantas veces la segunda está contenida en la primera. DRAE) y otra es examinar la mayor parte o menor vulneración del bien jurídico para efectos de dosimetría penal (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 26 de septiembre de 1994).

De las anteriores citas jurisprudenciales, queda claro que la posición de la Corte se orienta hacia la posibilidad de obtener la

información sobre el dolo como elemento subjetivo de la acción a partir del estudio de la acción misma, es decir del hecho fenomenológico de conformidad con las circunstancias de tiempo modo y lugar. Sin embargo, la lógica nos enseña todo lo contrario, es decir, que la intencionalidad es la madre del acto, pues la intención o la voluntad llevan a la razón a escoger el medio más eficiente para realizar el fin deseado. En otras palabras, la ideación o representación del acto presupone al acto mismo tal y como lo expone Aristóteles en su *Ética nicomaquea*, pues ¿cómo deducir el dolo cuando alguien, accidentalmente acciona un arma de fuego dirigida a la cabeza de un oponente, bajo la firme convicción que aquella se encuentra descargada o sin proyectiles, de las circunstancias fenomenológicas? Las circunstancias de ser un oponente o un rival ubican al agente del homicidio ya como si en su mente hubiese obrado el deseo de matar, la utilización de un arma de fuego —que se reputa idónea para causar la muerte— y el área de impacto, la cabeza como una parte del cuerpo de especial vulnerabilidad son elementos que muestran la inmensa dificultad para establecer el dolo o elemento subjetivo a partir de las circunstancias objetivas del hecho, por no extenderme en ejemplos.

Todo esto hace que sea necesario volver a Aristóteles quien, como ya se mostró, logra develar sobre qué circunstancias específicas debe exigirse conocimiento al agente para determinar si su comportamiento es o no injusto. De igual manera, es Schopenhauer el autor que muestra las características y condiciones de exigibilidad de la conducta teniendo como presupuesto la voluntad, los determinantes internos de esta como los deseos, motivos y contramotivos susceptibles de producir la acción, el nivel de libertad bajo el que puede obrar un hombre atendiendo a sus circunstancias de formación y el carácter por los niveles de socialización y educación, uniendo la libertad humana y el dominio del acto a los procesos de interiorización de la norma, destacando la naturaleza de la voluntad y el papel de la educación al momento de la decisión. De esta manera, acudiendo a los dos autores mencionados, se mengua la

dificultad de demostrar el dolo y se brindan alternativas para comprender el delito desde una perspectiva integradora del componente social e individual del hombre.

Bibliografía

- APONTE C., Alejandro (2006). *Guerra y derecho penal de enemigo*. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- ARISTÓTELES (2000). *Ética nicomaquea*. México: Editorial Porrúa.
- BAUMAN, Zygmunt (2007). *Tiempos líquidos*. Barcelona: Editorial Ensayo Tus Quets.
- BRUNER, Jerome (1991). *Actos de significado. Más allá de la revolución cognitiva*. Madrid: Alianza Editorial.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal. Sentencia del 31 de julio de 1985, Acta No. 71. MP(e). Edgar Saavedra Rojas.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de mayo de 1994 (acta 055) MP. Edgar Saavedra Rojas. En: Gaceta Judicial, Tomo 230, No. 2.472, p. 115.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia 3 de junio de 1994 (acta 060) MP. Edgar Saavedra Rojas. En: Gaceta Judicial, Tomo 230, No. 2.472, p. 273.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia del 10 de agosto de 1994 (acta 088) MP. Dídimo Páez Velandia. En: Gaceta Judicial, Tomo 230, No. 2.472, p. 601.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia 26 de septiembre de 1994 (acta 104) MP. Gustavo Gómez Velásquez. Gaceta Judicial, Tomo 230, No. 2.473, pp. 454 y 455.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal. Sentencia del 4 de junio de 1981, Acta 055. MP. Dante Fiorillo Porras.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, Sentencia de agosto 13 de 1980. MP Darío Velásquez Gaviria. En: Gaceta Judicial, Tomo 163 No. 2,402, p. 331.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal. Sentencia de 4 de junio de 1981 (Acta 055). MP. Dante L. Fiorillo Porras. En: Gaceta Judicial, Tomo 167, No. 2.404, p. 279.
- DE LA CRUZ, O., Ramón (2003). *Control social y derecho penal*. En: *Visiones sobre el crimen y el castigo en América Latina. El otro derecho*. No. 29. Bogotá: Isla.
- DURING, Ingemar (2000). *Aristóteles*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- GIDDENS, Anthony (1998). *La constitución de la sociedad. Bases para la teoría de la estructuración*. Buenos Aires: Amorrortu.
- _____. (1991). *Sociología*. Madrid: Alianza Universidad Editorial.
- GÓMEZ L., Jesús Orlando (1996). *Culpabilidad e inculpabilidad. Derecho penal y derechos humanos*. Bogotá: Ediciones Doctrina Ley.
- HEGEL, F. (1986). *Principios de la filosofía del derecho*. Barcelona: Editorial Edhasa.
- HELLER, Ágnes (1998). *Aristóteles y el mundo antiguo*. Barcelona: Ediciones Península.
- JAKOBS, Gunther (1998). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Ediciones Jurídicas S.A.
- LEVI-STRAUSS, Claude (1993). *Antropología estructural*. Buenos Aires: Eudeba.
- PARSONS, Talcott (1984). *Estructura de la acción social*. Madrid: Ediciones Guadarrama. pp 238-239.
- REYES ECHANDÍA, A. (1997). *Culpabilidad*. Bogotá: Editorial Temis.
- SCHMITT, Carl (2002). *El concepto de lo político*. Madrid: Editorial Alianza.
- SCHOPENHAUER, Arthur (1970). *Los dos problemas fundamentales de la ética*. Segunda edición. Madrid: Aguilar. Traducción del alemán de Vicente Romano García.
- TAYLOR, Charles (1993). *El multiculturalismo y la ética del reconocimiento*. México: Fondo de Cultura Económica.